



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ECJ

RENATA MARQUES OSBORNE DA COSTA

**A ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA EM DECISÃO
JUDICIAL PROFERIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**

RIO DE JANEIRO

2014

RENATA MARQUES OSBORNE DA COSTA

**A ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA EM DECISÃO
JUDICIAL PROFERIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO) como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Ricardo Cruz Fontes

RIO DE JANEIRO

2014

A Auristela Marques, minha querida mãe, por todos esses anos de intensa dedicação e luta para dar-me uma educação digna e por ensinar-me que o amor, o afeto, a generosidade e a alteridade são valores imprescindíveis os quais devemos sempre cultivar e retribuir, e jamais deixarmos de lado.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por dar-me constantemente energia e forças, por meio da fé, para superar todas as dificuldades e obstáculos que foram se apresentando ao longo da minha jornada universitária.

A minha mãe, Auristela Marques, pelo amor, carinho, apoio e compreensão incondicionais dados a mim durante todos esses anos de convivência. Não existem palavras suficientes para expressar minha eterna gratidão. Sempre me incentivou e continua a me incentivar a realizar todos os planos que faço, sejam acadêmicos e pessoais; como mentora, sempre me orientando a buscar o caminho mais correto e seguro, tentando proteger-me e ensinando-me a superar os percalços os quais inerentemente passamos na vida. Sua influência, indubitavelmente, foi e continua a ser imprescindível para que eu adquirisse um verdadeiro amor pelos livros e pelos estudos. Gostaria também aqui de pedir desculpas pela minha ausência durante alguns momentos, quando me encontrava várias vezes estudando, realizando pesquisas, assim como fazendo esta monografia. O meu amor é e sempre será infindável e no que precisar sempre estarei ao seu lado. Ser sua filha é um orgulho incomensurável e gostaria também de dizer que preciso muito ainda de seu apoio.

Ao meu tio, Armando Marques, mesmo estando longe, pelo incentivo e apoio nas minhas empreitadas acadêmicas e profissionais. Reconheço, no fundo, o quanto torceu por mim esses anos para que eu fizesse este curso de Direito e o quanto quer a minha felicidade tanto no campo pessoal quanto no profissional. É uma grande alegria ser sua sobrinha.

Ao meu orientador, professor André Fontes, gostaria de fazer um agradecimento especial, por me mostrar que um verdadeiro mestre vai muito além dos ensinamentos que faz em sala de aula. Sua busca incessante pelo saber e pelas definições precisas, a sua mente brilhante, a sua humildade e o seu senso profundo de justiça são fontes constantes de inspiração, admiração e respeito. Sempre se mostrando acessível para atender as minhas demandas acadêmicas, jamais deixou de trocar ideias, partilhar conhecimentos e ouvir-me com veemente sensibilidade. Assim, gostaria de expressar a minha imensa gratidão por ter sido o meu professor em todas as disciplinas de processo civil, fazendo-me despertar um grande interesse por esta disciplina e ensinando-me a questionar determinados conceitos, pela amizade que desenvolvemos, pelos bons conselhos e agradecer também pela sugestão do tema que foi o que propiciou a feitura

deste trabalho monográfico. É uma honra e uma grande felicidade, para mim, tê-lo como mestre e amigo.

Ao professor Paulo Mendonça, responsável direto por inserir-me na vida acadêmica ao dar-me oportunidade, em 2010, de ser monitora das disciplinas de introdução ao direito I e II e, em 2011 e 2012, de participar de um grupo de pesquisa ligado à história do direito. O nosso convívio durante este período foi fundamental para sedimentar o meu interesse pela área acadêmica, principalmente no tocante ao estudo da Teoria do Direito. O seu conhecimento, a sua didática e sua ética são exemplos a serem seguidos. Fico muito feliz pelas empreitadas acadêmicas que pudemos desenvolver na UNIRIO e grata por todas essas oportunidades que me proporcionou.

Ao professor Luiz Otávio Leite, que desde quando entrei para a UNIRIO, em 2009, sempre se demonstrou pronto a ajudar-me nos meus pleitos acadêmicos relacionados à faculdade. Agradeço-o muito pela sua orientação na formatação deste trabalho monográfico. A sua intensa dedicação à UNIRIO e aos seus alunos é muito admirável.

À Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) que me possibilitou conhecer alguns professores fundamentais para o meu contínuo desenvolvimento acadêmico e profissional e colegas com os quais levarei sempre boas lembranças desses cinco anos de convivência diária e a amizade verdadeira. Sem dúvida alguma foi nesta Universidade que passei os anos mais emocionantes de toda a minha vida e que me ajudou de forma veemente a crescer e amadurecer como pessoa.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.”

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

A proposta apresentada neste presente trabalho de conclusão de curso é de tentar aferir a possibilidade de se admitir o ajuizamento da ação rescisória contra decisão proferida em exceção de pré-executividade, seja uma sentença, seja um acórdão, que extingui uma execução de forma anômala, ou seja, sem a satisfação do credor, que prejudica a pretensão executória do mesmo, tendo em vista ser a execução injusta. Isto porque a oposição de exceção de pré-executividade, em que pese ser um meio de defesa atípico do executado, ao introduzir cognição na execução, dependendo das matérias alegadas e do grau de profundidade da cognição, pode muito bem revestir a decisão extintiva da execução da autoridade da coisa julgada material e, via de consequência, ser esta passível de ação rescisória. Para viabilizar tal aferição, far-se-á uma análise do que consiste a ação rescisória, depois uma abordagem de conceitos e institutos afeitos à tutela de conhecimento, bem como aspectos importantes à tutela de execução e destinar-se-á um capítulo a parte a fim de explicitar o que é a exceção de pré-executividade. E, por derradeiro, na conclusão, finalizar-se-á o trabalho, analisando especificamente o objeto que é tema do mesmo, com arrimo na doutrina, nas questões levantadas em capítulos anteriores e na jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Rescisória. Decisão Judicial. Exceção de Pré-Executividade.

ABSTRACT

The proposal presented in that monograph is to try to check the possibility on admitting the filing of a lawsuit against a judicial decision given on pre-execution exception, being a sentence, being a Court's decision, which ends unnaturally an execution proceedings, that is, without creditor's satisfaction, breaking his pretension to execute the credit, for being the execution illegal. It is because the proposition of a pre-execution exception, although being an atypical debtor's defense, introducing a cognition in the execution proceedings, depending on what is alleged and how deep is the cognition, can perfectly make the judicial decision form res judicata and, therefore, be subject to rescisory action. To make possible this checking, an analyses of what is rescisory action will be done, after that a review of conceptions and institutes connected with the knowledge proceedings, as well as meaning aspects of execution proceedings and there will be a chapter intending to show what means pre-execution exception. Ultimately, in conclusion, this monograph will be finished, analyzing specifically its object, based on doctrine, on issues raised in others chapters and on jurisprudence.

KEY-WORDS: Rescisory Action. Judicial Decision. Pre-Execution Exception.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS REFERENTES À AÇÃO RESCISÓRIA.....	12
1.1 Introdução.....	12
1.2 Objeto	14
1.3 Hipóteses de admissibilidade.....	19
1.4 Consequências do decurso do prazo.....	24
2 DOS CONCEITOS E INSTITUTOS INERENTES À TUTELA DE CONHECIMENTO	27
2.1 Condições da ação	27
2.2 Sentença de mérito.....	34
2.3 Coisa julgada formal e material.....	38
2.4 Cognição.....	43
3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES RELACIONADAS À TUTELA DE EXECUÇÃO..	48
3.1 Título executivo.....	48
3.2 Meios de defesa do executado.....	55
3.3 Sentença de mérito e coisa julgada material na execução	59
4 DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	65
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	86

INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso terá como escopo discutir se é possível, na atual sistemática do direito processual civil, ajuizar ação rescisória visando desconstituir decisão judicial que extinguiu um processo de execução de forma anômala, proferida com espede em um incidente instaurado, nos próprios autos da execução, que se constitui como um meio atípico de defesa do executado, intitulado comumente pela doutrina e jurisprudência de exceção de pré-executividade.

A importância deste tema se refere ao fato de que há pouco debate, no campo do direito processual civil, acerca da exceção de pré-executividade, mais precisamente, no tocante à natureza das sentenças e acórdãos que acolham as alegações realizadas neste meio de defesa. Nesse caminho, a doutrina não é suficiente em afirmar quando há decisão extintiva de mérito e quando não há.

Este problema se agrava quando se afirma que a exceção de pré-executividade tem como objeto a alegação de matérias de ordem pública, conhecíveis de ofício pelo Juiz. Porquanto, tais matérias, excetuando-se a alegação de prescrição e decadência legal (art. 219, §5º do CPC e art. 210 do CC), não constituem mérito da demanda, como bem se depreende do disposto no art. 267, §3º do CPC. Vê-se, como principal exemplo, a falta das condições da ação, que enseja a extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, VI). Apesar disso, aí reside um imbróglio, qual seja, em uma execução, a oposição de exceção de pré-executividade indubitavelmente inserirá cognição neste processo, que ordinariamente tem como objetivo a satisfação do credor e não se destina comumente a resolver uma lide, ou seja, a apreciar um mérito. Desse modo, ainda que a exceção de pré-executividade tenha normalmente como objeto matéria de ordem pública., arvorando-se na teoria da asserção, ela poderá muito bem virar matéria de mérito, de forma a prejudicar a pretensão executória do autor. Ademais hoje se está admitindo matérias que não são de ordem pública, mas que constituem-se por prova pré-constituída. Somado a isso, se a decisão for proferida em cognição exauriente poderá atingir a coisa julgada material e, conseqüentemente, ser passível de ação rescisória. É em torno disso que se discutirá este assunto nesta monografia.

Para alcançarmos este objetivo, far-se-á primeiramente uma análise sobre o que concerne a ação rescisória, traçando sua natureza jurídica, diferenciando-a dos recursos, o seu objeto e explicitando suas hipóteses de admissibilidade, enumeradas nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil. Após, far-se-á um estudo sobre determinados conceitos e institutos típicos do direito processual civil no que dizem respeito à tutela de conhecimento,

tais como: as condições da ação, a sentença, a lide, o mérito e a cognição. Com esse estudo, tentar-se-á discutir se esses conceitos, típicos da tutela de cognição, poderão, eventualmente, se encaixar na tutela executiva, tais como a sentença de mérito e a formação da coisa julgada material. Desse modo, imprescindível se faz também discorrer um pouco sobre o que consiste a execução, enfocando principalmente no título executivo, nos meios de defesa do executado e na polêmica consistente na assertiva de haver ou não coisa julgada material na execução. É preciso, deveras, salientar que um estudo mais aprofundado no que se refere à exceção de pré-executividade é assaz relevante.

Por fim, na conclusão, far-se-á uma abordagem específica no consentâneo ao tema, trazendo como subsídios dois julgados, um do Superior Tribunal de Justiça e outro do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e as questões levantadas nos capítulos anteriores concernentes aos assuntos citados *supra*. Tudo no intuito de cumprir a tarefa precuciente em atestar a possibilidade de se admitir ação rescisória contra decisão judicial proferida em sede de exceção de pré-executividade, principalmente, quando houver desconstituição de título executivo, que não por meio da prescrição. Para fins didáticos e para uma maior organização, dar-se-á, neste momento, maior ênfase à execução de título executivo extrajudicial, que se perfaz em um processo de execução autônomo, não deixando de salientar que este assunto também é perfeitamente aplicável à execução de título executivo judicial, que consiste na fase de cumprimento de sentença.

1 ASPECTOS REFERENTES À AÇÃO RESCISÓRIA

1.1 Introdução

Dentre os meios de impugnação das decisões judiciais, destacam-se os recursos e as ações autônomas. Por meio do recurso, se impugna uma determinada decisão no próprio processo em que foi prolatada. Já no que concerne à ação autônoma, esta mesma decisão é impugnada a partir do estabelecimento de um novo processo. Desse modo, pode-se inserir a ação rescisória dentro desta última classificação, sendo, portanto, um meio de impugnação autônomo das decisões judiciais.

É importante destacar, conforme prelecionado pelo ilustre doutrinador Barbosa Moreira, que hoje não mais se justifica a controvérsia existente outrora na doutrina em classificar a ação rescisória como um recurso.¹ Isso se deve, pois os recursos estão expressamente previstos no código de processo civil, no artigo 496, constituindo este rol em *numerus clausus*, ou seja, em um rol taxativo. Ademais, este mesmo artigo inaugura o Título X – Dos Recursos. Por outro lado, a ação rescisória está prevista no Título IX – Do Processo nos Tribunais, em capítulo próprio, nos artigos 485 e seguintes do mesmo Código, não se encontrando, pois, no rol do artigo 496, detendo, desse modo, um procedimento específico. Visualiza-se assim que o atual código de processo civil não elegeu a ação rescisória como um recurso.

A ação rescisória, cujo termo é autoexplicativo, tem como finalidade precípua rescindir, isto é, desconstituir sentença de mérito transitada em julgado, de acordo com as hipóteses expressamente previstas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil. Desse modo, dois pedidos devem ser formulados nesta ação, seguindo uma ordem lógica, a saber: primeiro, pede-se a rescisão da decisão impugnada (juízo rescindendo); depois se pede, caso haja necessidade, dependendo da causa em que se restou fundada a ação rescisória, um novo julgamento do pedido, objeto da sentença ou acórdão rescindido (juízo rescisório). É necessária tal ordem lógica, porquanto a apreciação do segundo pedido depende da apreciação do primeiro. No entanto, a existência do segundo pedido nem sempre é preciso. Vê-se, como exemplo, a ação rescisória baseada em ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC).

¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 16 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2011, p. 99.

Barbosa Moreira explicita muito bem que sentença rescindível não se confunde em hipótese alguma com sentença nula, muito menos com sentença inexistente.² De acordo com o mesmo autor, os vícios de uma sentença possuem níveis gradativos de gravidade, sendo que lhe faltando elemento essencial, como o dispositivo, ou sendo proferida em um processo em que não se respeitou um dos pressupostos de existência, tal como a ação ajuizada perante órgão desprovido de jurisdição, a sentença será considerada inexistente. Assim, não se desconstitui o que é inexistente, portanto não se faz necessário, nem se mostra possível, ajuizar-se ação rescisória contra sentença inexistente.

No que se refere à contraposição existente entre as sentenças nulas e as sentenças rescindíveis, é interessante enfatizar a crítica que o mesmo processualista faz em relação a alguns doutrinadores, inclusive a Moacyr Amaral Santos, considerado um dos mais consagrados na doutrina processualista brasileira. Sua crítica se deve por tais autores considerarem a “rescisória como ação tendente à declaração da nulidade da sentença”.³ Ora, se a rescisória desconstitui uma sentença, quer dizer, então, que os seus efeitos deverão ser considerados válidos até a data da decisão em sede de rescisória. Desse modo, ela não declara nula a sentença a ser rescindida, ou seja, não declara os seus efeitos inválidos desde a prolação da mesma pelo juiz. Portanto, tanto na sentença rescindível quanto na sentença anulável há uma desconstituição, ou seja, os seus efeitos operam-se *ex nunc*, o que não é o caso de uma sentença nula, já que seus efeitos não deverão se operar desde a sua publicação, isto é, neste caso, voltar-se-á ao *status quo ante* ao proferimento da sentença nula, é o que se denomina por efeito *ex tunc*. Por isso, é inapropriado dizer que rescindir é declarar nulo, o mais correto é tornar nulo, porquanto se aproxima mais da ideia de anulabilidade e não de nulidade.⁴

Outro ponto a destacar refere-se à seguinte questão: nem toda sentença com vícios em sua validade ou, até mesmo, injusta é passível de rescisão. Diz-se isso, pois a possibilidade do manejo de ação rescisória contra uma sentença de mérito transitada em julgado depende de hipóteses que o legislador elegeu como possíveis de se relativizar a coisa julgada, por meio deste instrumento. Sendo assim, é aceitável que uma sentença, mesmo eivada de um vício de nulidade ou injusta, caso não esteja presente uma das hipóteses previstas nos incisos do art.485, não seja passível de rescisão, sendo plenamente válida a partir do seu trânsito em julgado. Neste caminho, Alexandre Câmara aduz que é o “vício de rescindibilidade” que

²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 105.

³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 107.

⁴Idem.

legítima a ação rescisória⁵, não bastando, portanto, a mera existência de vício de nulidade ou uma injustiça. Nesta trilha também segue Vicente Greco Filho, como se constata abaixo:

O art. 485 enumera os casos em que é rescindível a sentença. Alguns são referentes à nulidade, outros à injustiça da decisão. Não era correta, portanto, a redação do Código anterior quando se referia a sentença nula. A sentença, nos casos legais, é rescindível ainda que não nula; e ainda que, em hipótese, nula, se não previsto o motivo que levaria à nulidade entre os casos do art. 485, não será rescindível, e, portanto, tem validade e eficácia. O eventual vício processual torna-se irrelevante diante do trânsito em julgado se não enquadrável no rol do art. 485 e, mesmo se enquadrável, se passados os dois anos de decadência.⁶

Outrossim, é importante destacar que até mesmo sentenças consideradas justas podem ser objeto de ação rescisória, é o caso, por exemplo, da ação fundada em documento novo (art. 485, VII do CPC).

1.2 Objeto

Em uma interpretação estrita do artigo 485, *caput* do CPC, entende-se que o objeto da ação rescisória deve ser uma sentença que aprecie o mérito, ou seja, uma sentença em que ocorra uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 269 do mesmo Código.

É importante assinalar que, para que haja uma sentença de mérito nos casos de transação (CPC, art. 269, III) e de renúncia (CPC, art. 269, V), é preciso que o juiz profira a sentença confirmando o ato das partes. Ademais, nesses dois casos não se pode inferir que haverá um julgamento propriamente dito, uma apreciação do mérito, nos mesmos moldes de uma sentença em que o juiz acolha ou rejeite o pedido (CPC, art. 269, I). Para Barbosa Moreira talvez seja por isso que a Lei 11.232/05 tenha alterado a antiga redação contida no *caput* do artigo 269, substituindo o legislador a expressão “julgamento” e passando a adotar a expressão “resolução” do mérito, já que nem em todas as hipóteses previstas no artigo 269 far-se-á uma apreciação do mérito propriamente dita.⁷

É preciso, portanto, que haja uma interpretação conjunta do artigo 485, *caput* com o artigo 269 do CPC, porquanto daí surgirá a correta compreensão do que se entende por sentença de mérito.

⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. Ação rescisória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37.

⁶GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. II. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p 108-109.

Esta sentença, após o trânsito em julgado, se reveste do que se denomina por coisa julgada material. Este fenômeno, somente presente na sentença em que houve um pronunciamento de mérito, torna a mesma indiscutível e imutável, projetando seus efeitos para fora do processo em que proferida, no intuito de estabilizar as relações objetos de conflito, em prol da segurança jurídica, de modo a inviabilizar que discussões em torno da lide se perpetuem.

O principal efeito deste fenômeno, que o irá diferenciar sobremaneira da coisa julgada formal, encontra-se previsto no artigo 267, V do CPC que preceitua se extinguirá o processo sem resolução do mérito, caso o juiz verifique a presença de coisa julgada relativa a este mesmo processo. O que quer dizer que o autor, ao ajuizar uma ação em que haja uma demanda igual a outra na qual o seu mérito já foi decidido e de que não caiba mais recurso, atingindo-se a autoridade da coisa julgada material, verá o processo ser extinto sem se apreciar o mérito, já que não possui esse direito, justamente porque o mérito já foi apreciado em outra demanda semelhante.

Neste diapasão, é por este motivo que o atual Código de Processo Civil trouxe como objeto da ação rescisória apenas a sentença de mérito. Porquanto, haverá falta de interesse de agir em ajuizar ação rescisória para elidir determinada sentença, se ainda se pode discutir, em outro processo, a matéria que nela foi decidida, com a possibilidade de se ajuizar novamente a ação. O que se mostra possível na sentença em que não houve apreciação do mérito (hipóteses previstas nos incisos do artigo 267), conforme enuncia a norma presente no artigo 268 do CPC, excetuando-se de tal permissão a sentença extinta sem resolução do mérito quando for alegada preempção, litispendência ou coisa julgada. Já o mesmo não ocorre na sentença de mérito transitada em julgado, atingida pela coisa julgada material.

Isto foi uma inovação, visto que, no Código de Processo Civil de 1939, mostrava-se possível rescindir tanto sentenças que não julgavam o mérito, as denominadas comumente por terminativas e que fazem apenas coisa julgada formal, quanto as que julgavam.

Muito embora a inovação, um doutrinador que criticou veementemente isso foi Pontes de Miranda, entendendo que, quando da promulgação do novo código na época, cometeu-se na verdade um erro em sua redação, devendo-se, pois, abranger, como rescindíveis, não somente as sentenças de mérito, como também as sentenças que não apreciavam o mérito. Assim, posiciona-se o insigne doutrinador:

No art. 485 do Código de 1973 fala-se da rescindibilidade das sentenças de mérito; mas o próprio Código de 1973, que fez rescindível a sentença que se fundou em desistência inválida (art. 485, VIII), ao enumerar as sentenças

que extinguem o processo ‘sem julgamento do mérito’, pôs a desistência da ação.

Sentenças que não julgaram o mérito podem ser rescindidas. A alusão do art. 485 a ‘sentença de mérito’ foi erro grave, que a doutrina e a jurisprudência não podem acolher, nem suportar. Se um juiz prevaricou, foi concusso, ou corrupto, ao ter de julgar e julgou com tão grande vício (art. 485, I) como se poderia admitir que valesse e fosse irrevocável, por exemplo, a sentença que indeferiu a petição inicial, o que deu por extinto o processo por ilegitimidade das partes, ou por desistência do autor, ou por litispendência, ou coisa julgada?⁸

Muito embora Barbosa Moreira pensasse ser preferível que o Código de 1973 mantivesse como objeto da ação rescisória apenas a sentença, não importando que a mesma fosse com resolução ou sem resolução de mérito, ainda assim o ilustre processualista critica a própria posição de Pontes de Miranda supraexposta, afirmando que esse doutrinador desprezou a inovação contida no atual código, tentando trazer de volta a linha de entendimento do código anterior.

23 Continuou a construí-la assim Pontes de Miranda: vide, entre muitos outros passos, Coment. Ao C.P.C (de 1973), t. VI, pág. 165; Trat. Da ação resc., 5 ed., pág. 144. Isso, porém, se explica pelo fato de que o autor nenhuma importância deu à inovação contida no art. 485, caput, do Código de 1973, chegando ao extremo de relegar o “de mérito” à condição de mero “erro de redação” (ob. e lug. Ult. Cit.: “... não só sentenças de mérito são rescindíveis, e não se pode receber erro tão grave de redação”).⁹

Desse modo, para Barbosa Moreira, vê-se que a atual sistemática do processo civil não permite mais que seja rescindível a sentença sem apreciação do mérito, que faz coisa julgada meramente formal. Ou seja, rescindível é, nas palavras do mesmo, “o que se baseia na aptidão da sentença para adquirir a *auctoritas rei iudicatae*”¹⁰, aptidão esta possível apenas nas sentenças ditas de mérito.

Mesmo adepto da interpretação literal do *caput* do artigo 485, no consentâneo a palavra mérito, no que se refere à palavra sentença, o mesmo jurista entende, posição essa, diga-se de passagem, que se reputa bem coerente, que tal artigo não se cinge apenas à decisão que extingue o processo no âmbito de primeiro grau. Faz-se necessário incluir também, como objeto desta ação impugnativa, o acórdão, que na exata dicção do artigo 163 do CPC, é “o julgamento proferido pelos tribunais”, desde que haja, obviamente, um pronunciamento de mérito. Neste caminho, com suas palavras:

⁸MIRANDA, Pontes de. Tratado da Ação Rescisória. 5. ed. Forense, 1976, p. 171.

⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.109, nota de rodapé.

¹⁰BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.109.

Não obstante, claro está que a palavra “sentença”, no art. 485, vem usada em sentido amplo, a compreender decisões de qualquer grau de jurisdição – por conseguinte, “sentenças”, no sentido estrito do art. 162, § 1, e (desde que relativos ao mérito!) “acórdãos”, na terminologia do art. 163. Seria bem pouco razoável excluir do âmbito da ação rescisória as decisões de tribunais, que constituem a imensa maioria das que transitam em julgado.¹¹

Ademais, é possível citar outros dispositivos presentes no Código de Processo Civil e na própria Constituição da República que corroboram a assertiva de que se deve interpretar extensivamente o sentido da palavra sentença do art. 485, *caput* do CPC, a saber: o artigo 489 do mesmo Código dispõe que “o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo”; os artigos 102, I, j; 105, I, e; e 108, I, b da CRFB que dispõem acerca da competência do STF, STJ e dos TRFs, de modo que compete aos dois primeiros processar e julgar, originariamente, a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados e ao último compete processar e julgar as revisões criminais e as ações rescisórias tanto de seus julgados quanto dos julgados provenientes dos juízes federais vinculados aos respectivos tribunais.

No que se refere ainda ao objeto rescindível, um ponto o qual não se deve olvidar concerne ao fato de quando se estará diante ou não de uma sentença de mérito. Não basta que o magistrado diga que uma sentença tenha sido extinta sem apreciação do mérito, por exemplo, por carência de ação (CPC, art. 267, VI). É necessário aferir, no caso concreto, se realmente tal decisão, após o trânsito em julgado, não julgou o mérito e, por conseguinte, não atingiu a autoridade da coisa julgada material. Assim, dever-se-á perquirir não a literalidade da qualificação feita pelo magistrado, mas a verdadeira natureza da decisão.¹² Em outras palavras, a aferição da existência de mérito em uma sentença é muito mais uma questão de fundo do que propriamente uma questão de forma, já que não se exclui a possibilidade de erro na qualificação da sentença feita pelo próprio órgão julgante.

Do mesmo modo, pode-se aduzir que, no âmbito de um Tribunal, para que o acórdão seja objeto de rescisão, imprescindível se faz avaliar se no mesmo não se conheceu do recurso ou se este foi desprovido. Tal diferença é de suma importância, visto que, em uma confusão de palavras, pode acontecer de a decisão monocrática do desembargador ou ministro relator, da decisão advinda das câmaras, turmas, do plenário, dentre outros órgãos judicantes do segundo grau ou das instâncias superiores, entender erroneamente que não se conheceu do recurso, quando, na verdade, estava apreciando o seu mérito, ou seja, julgando pelo provimento ou desprovimento. E isto poderá afetar diretamente na questão da admissão ou

¹¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 112.

¹²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 110-111.

não da ação rescisória em tais tipos de decisão. Ademais, se na decisão não se conhece do recurso contra sentença de mérito, admissível se faz a ação rescisória somente contra esta sentença e não contra aquela decisão, justamente porque aquela apreciou o mérito diferentemente desta que não apreciou.

Neste caminho, quando há um recurso contra uma sentença de mérito, é necessário apurar em que hipóteses ocorrem o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau ou do acórdão do Tribunal. Isto é de fundamental importância para, quando da propositura da ação rescisória, a mesma não se referir a objeto não passível de rescisão.

Barbosa Moreira tenta explicitar de maneira bem clara em que momento ocorre o trânsito em julgado da sentença de mérito. Segundo ele, diz-se tal quando a sentença não admitir mais recurso algum, seja ordinário, seja extraordinário (CPC, art. 467), bem como quando não estiver mais sujeita ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475).¹³ A partir disso, o mesmo doutrinador enumera duas hipóteses em que ocorre o trânsito em julgado de uma sentença, a saber:

- 1 A sentença é originariamente irrecurável; neste caso, o trânsito em julgado ocorre com a publicação;
- 2 A sentença é recorrível; neste caso, o trânsito em julgado ocorre no momento em que ela o deixe de ser, por força de algum fato que, antes ou depois da interposição, torne inadmissível o recurso.¹⁴

No que se refere à última hipótese, é preciso afirmar que pode claramente ocorrer em três situações, quais sejam, primeiro, com esgotamento do prazo para interpor o recurso cabível; segundo, com a desistência do recurso ora interposto (art. 502, CPC) e terceiro, quando mesmo interposto o recurso, o tribunal entender pelo seu não conhecimento. Pode-se, inclusive, incluir uma quarta hipótese, que é o ato de renúncia ao recurso (art. 502, CPC). Isto se deve justamente porque, caso essas quatro situações ocorram, o que transitará em julgado será a sentença, ou seja, a decisão de primeiro grau, e não o acórdão. De outro modo, caso ocorra o conhecimento do recurso, haverá duas hipóteses: ou a sentença será anulada, nesse caso os autos do processo voltarão à instância de origem e uma nova sentença será prolatada, ou será substituída pelo o que ficou decidido no tribunal em acórdão. Vislumbra-se, nessas duas hipóteses, que a sentença original jamais transitará em julgado, e sim o acórdão.¹⁵

Quando o Tribunal julgar pelo provimento ou desprovimento do recurso, o acórdão substituirá a sentença (caso não ocorra a anulação), desse modo, ocorrendo o trânsito em julgado, a ação rescisória deverá ser ajuizada impugnando o acórdão e não a sentença, visto

¹³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.116.

¹⁴Idem.

¹⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.117.

que, como o recurso foi admitido, o acórdão fez juízo de mérito. Daí a possibilidade de rescisória contra o acórdão. *A contrario sensu*, não haverá mérito no acórdão, quando o recurso não for admitido, assim a ação rescisória deverá ser ajuizada impugnando a sentença original.

Humberto Theodoro Júnior explicita uma situação em que entende pela admissibilidade de ação rescisória contra acórdão que não tenha realizado juízo de mérito, qual seja, quando a decisão proferida em acórdão tornar preclusa a questão de mérito decidida no julgamento precedente.

Ele recorre ao seguinte exemplo: quando o Tribunal recusar “conhecer de recurso mediante decisão interlocutória que violou disposição literal de lei”.¹⁶ Para o mesmo, seria admissível rescindir o acórdão para evitar que ocorra “violento cerceamento do direito de obter a revisão da sentença de mérito, pela via normal da apelação, que é muito mais ampla do que a da rescisória”¹⁷

Tendo-se em vista a instrumentalidade do processo e considerando-se que o error in iudicando, embora de natureza simplesmente processual, afetou diretamente uma solução de mérito, entendo que, nessa hipótese excepcional, a mens legis deve ser interpretada como autorizadora da ação rescisória, a fim de que, cassada a decisão ilegal do Tribunal, se possa completar o julgamento de mérito da apelação, cujo trancamento se deveu à flagrante negação de vigência de direito expresso.¹⁸

1.3 Hipóteses de admissibilidade

Para que seja possível ajuizar-se uma ação rescisória contra uma determinada sentença ou acórdão, não basta que tal decisão seja de mérito e esteja transitada em julgado. Faz-se necessário ainda que tenha ocorrido uma das hipóteses expressamente previstas no artigo 485 do CPC, que se denominam de “vícios de rescindibilidade”. Caso a sentença ou o acórdão não se enquadre em uma dessas hipóteses, por mais injusta e inválida que possa ser, transitando em julgado, será plenamente válida e não será passível de rescisão.

Barbosa Moreira denomina tais hipóteses como pressupostos específicos da rescisão.¹⁹ Enquanto o trânsito em julgado, para o mesmo doutrinador, é pressuposto genérico da rescisão.²⁰

¹⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 51 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, p.712.

¹⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p.712.

¹⁸Idem.

¹⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.117.

²⁰BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.116.

Houve um alargamento nas hipóteses de rescisão no Código de Processo Civil de 1973 se comparado com o de 1939, aumentando a possibilidade de relativização da coisa julgada. Segundo Barbosa Moreira, isso talvez encontre justificativa no fato de que o CPC de 1973 reduziu o número de recursos, como a seguir preconiza.

O primeiro traço que chama a atenção, na reforma processual de 1973, consiste pois em haver ela facilitado a rescisão das sentenças. Tal orientação denotava talvez no anteprojeto BUZAID o intuito de contrabalançar, de um lado, a forte tendência a prestigiar – ao nosso ver, com exagero – a chamada “verdade formal” através da consagração de numerosas presunções e nomeadamente do rigoroso tratamento dispensado ao revel; de outro lado, a redução do número de recursos: com efeito, haviam-se eliminado não só a revista, mas também os embargos a acórdãos. É possível que se tenha achado conveniente, por tudo isso, permitir em termos mais amplos a revisão de decisões passadas em julgado. Manteve-se no projeto a diretriz, apesar de reincluídos os embargos infringentes no elenco dos recursos.²¹

Os vícios de rescindibilidade ou pressupostos específicos de rescindibilidade encontram-se previstos taxativamente no artigo 485, *caput* do CPC. São taxativas, pois preveem situações que ensejam uma excepcionalidade, a saber: a relativização da coisa julgada. Neste caminho, cumpre afirmar que a coisa julgada goza de respaldo e proteção constitucional, bem como é cláusula pétrea, de acordo com os artigos 5º, XXXVI e 60, § 4º, IV da CRFB. Desse modo lei nenhuma poderá prejudicar a coisa julgada. Outrossim, tal previsão é expressa também na lei de introdução às normas do direito brasileiro, em seu artigo 6º, deixando de modo bem claro que, quando da entrada em vigor, a lei respeitará a coisa julgada.

É por isso que a ação rescisória deve ser vista como uma ação excepcional, sendo assim os vícios de rescindibilidade deverão ser interpretados estritamente não se devendo admitir a analogia com o intuito de aumentar as hipóteses em que tal ação é admissível.

O inciso I do artigo 485 refere-se quando a decisão do juiz for proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do mesmo, é o que o código anterior denominava de “juiz peitado”, significando juiz corrompido pelo suborno. É preciso dizer que prevaricação, concussão ou corrupção são três tipos penais e suas definições encontram-se nos artigos 316, 317 e 318 do Código Penal. Para que haja rescisória nesse caso não se denota necessário que o juiz tenha sido previamente condenado no juízo criminal. Tal prova poderá ser produzida no próprio processo deflagrado pelo ajuizamento da ação rescisória.

É importante ressaltar também que, quando se estiver impugnando acórdão, para que haja rescisão com fundamento nesta hipótese, é imprescindível que o voto do desembargador,

²¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.103.

que tenha incorrido nesta hipótese do inciso I, tenha sido no sentido da unanimidade ou da maioria dos votos²², ou seja, o voto vencido não acarretará a rescisão, justamente porque não influenciou na decisão a ser rescindida.

O inciso II refere-se à decisão proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente. No que diz respeito ao impedimento, o legislador preferiu eleger tão somente tal causa de parcialidade do juiz em detrimento da suspeição, por considerar um vício de maior gravidade, ademais se pauta em um critério objetivo para a sua aferição (art. 134, CPC). Já no tocante ao juiz absolutamente incompetente, entende-se que, como as regras de competência absoluta se fundam no interesse público, a sua violação bastaria para a propositura da ação rescisória. Nesse caminho, a competência relativa não é abrangida, pois há a possibilidade de haver a prorrogação de competência (art. 114, CPC), portanto, esse vício se convalida antes mesmo do trânsito em julgado, não se justificando a ação rescisória.

O inciso III explicita que cabe rescisória quando a decisão resultar de dolo da parte vencedora ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei. No tocante a primeira situação, o dolo deve influir diretamente na decisão rescindenda e diz respeito à ofensa aos princípios da lealdade e da boa-fé processual. Já a segunda situação demanda um ato entre as duas partes do processo para conseguir um fim proibido na lei. Isso demanda uma atenção especial no próprio processo, antes do proferimento da sentença, como é possível constatar no artigo 129 do CPC. Entretanto, mesmo que não se consiga evitar que a sentença seja proferida como resultado desse conluio entre as partes, é possível ainda a sua rescisão. Para Barbosa Moreira, neste artigo não se enquadra a hipótese de ato simulado²³. O conluio se diferencia do dolo, por ser resultado de um acordo prévio entre as partes, já o dolo é utilizado por uma parte para prejudicar a outra.

O inciso IV refere-se quando a decisão violar a coisa julgada. É bem verdade afirmar que uma ação quando ajuizada, em já havendo coisa julgada, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, V). Entretanto, se isto não ocorrer, ainda haverá a possibilidade de rescisão da sentença que violar a coisa julgada. Caso não haja o ajuizamento da ação rescisória no prazo decadencial, acabará havendo duas decisões transitadas em julgado que resolveram a mesma lide. Assim, qual deve prevalecer? É polêmico, entretanto entende-se que a última deverá prevalecer, resolvendo-se essa celeuma

²²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.121.

²³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.125.

com base no critério temporal de conflito aparente de normas: norma posterior derroga norma anterior.²⁴

O inciso V autoriza a ação rescisória quando violar literal disposição de lei. Não necessariamente deverá haver uma violação literal a artigo de lei. Atualmente, faz-se uma interpretação extensiva deste inciso, entendendo-se que qualquer norma estaria abrangida em tal dispositivo, não meramente a lei.

No tocante ainda a esta hipótese de rescisão, é importante frisar que, em recente julgado da Quarta Turma do STJ, ficou assentado ser possível ação rescisória contra sentença que contrarie jurisprudência sumulada do STJ.²⁵ Em que pese tal julgado privilegiar o princípio da segurança jurídica ao tentar, ao máximo, buscar interpretação que se coadune com a tentativa de se proceder a uma uniformidade jurisprudencial, ainda assim, é necessário afirmar que os enunciados de súmulas do STJ não detêm ainda, em nosso direito brasileiro, efeito vinculante, de modo que abrir precedente que permita a relativização da coisa julgada, que é, inclusive, cláusula pétrea, por contrariar enunciado de súmula não vinculante deve ser visto com muita cautela, já que inexistente previsão legal para tanto. Ademais, é entendimento consolidado pela Terceira Seção do mesmo Tribunal, no sentido da inadmissibilidade de ação rescisória que violar simples súmula, justamente por haver, nesse caso, lacuna legislativa.²⁶ Essa ainda é a melhor interpretação do inciso V do art. 485, de forma que é mais plausível admitir tão somente a rescisória contra enunciado de súmula vinculante do STF. É preciso também salientar que a decisão, para ser rescindida, não deve contrariar norma em que haja interpretação controvertida dos tribunais (Enunciado de Súmula de nº343 do STF).

O inciso VI prevê a possibilidade de ação rescisória contra decisão que se fundar em prova falsa. Como no próprio artigo diz, não se faz necessário apurar a falsidade em um processo criminal, ou seja, no próprio processo de ação rescisória é possível tal prova. Afigura-se imprescindível, no entanto, que a prova falsa seja fundamento bastante para a decisão que se queira rescindir. O principal problema que se avista se refere ao fato de que determinados autores, como Alexandre Câmara e Barbosa Moreira, entendem que o juízo da ação rescisória não estaria adstrito aos efeitos da coisa julgada material da decisão proferida em incidente de falsidade documental, que se constitui em uma espécie de ação declaratória

²⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 19. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 28; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 716.

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1163267/RS, 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília-DF. Publicado em: DJe 10.12.2013. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 dez. 2013.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 4112/SC, Terceira Seção. Relator Min. Marco Aurélio Bellize. Brasília-DF. Publicado em: DJe 26.04.2013. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 dez. 2013.

incidental.²⁷ O que quer dizer que, caso aquela decisão tenha entendido pela veracidade da prova, ainda assim será possível, em sede de ação rescisória, relativizar tal entendimento a fim de se poder rescindir a decisão fundada em tal prova. No entanto, para a doutrina que entende o contrário, é preciso enfatizar que a posição daqueles mestres encontra respaldo na própria interpretação literal do inciso ora em exame. Mas, ainda assim, o embate não se tornou pacífico.

O inciso VII traz como fundamento da ação rescisória quando a parte, ou melhor, o autor da mesma obtiver documento novo após a sentença. Antes de qualquer interpretação errônea, o dispositivo traz à baila que documento novo seria aquele o qual a parte ignorava a sua existência ou de que não pode fazer uso em momento oportuno. Ademais, este documento deverá ser capaz de por si só alterar o resultado do julgamento proferido em decisão rescindenda, até mesmo porque, do contrário, não haveria motivo para se rescindir uma decisão com fundamento em um novo documento que nem capaz será de influir em um novo julgamento da causa em questão.

O inciso VIII enumera como vício de rescindibilidade o fato de haver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença. No tocante à palavra desistência, para a maior parte da doutrina, esta foi empregada de modo equivocado²⁸, na verdade, querendo dizer ato de renúncia, já que a desistência enseja extinção do processo sem apreciação do mérito (art. 267, VII) e, como foi visto acima, a possibilidade de se ajuizar uma ação rescisória somente cabe contra sentenças ditas de mérito. Não fazendo sentido algum a ação rescisória contra uma sentença fundada em desistência por parte do autor da ação originária, que meramente faz coisa julgada formal. Entende-se de veras que o inciso, apesar da omissão, deverá abranger também o reconhecimento jurídico do pedido.²⁹ No consentâneo à confissão, há regra específica que dispõe sobre o momento em que é cabível a ação anulatória, ou seja, quando pendente o processo em que foi feita, e a ação rescisória, isto é, depois de transitada em julgado a sentença da qual constituir como único fundamento a confissão (CPC, art. 352, I e II).

A maior polêmica concernente ao presente inciso diz respeito se, após o trânsito em julgado, a parte deverá se valer da ação rescisória ou da ação anulatória para invalidar desistência ou transação. Isso se deve, pois não existe, como há na confissão, regra específica sobre se cabe ação anulatória ou ação rescisória neste caso. A melhor posição, escorada na

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 136; CÂMARA, Alexandre Freitas. Ação rescisória., p. 94.

²⁸ Por todos THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 719.

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Ação rescisória., p. 103.

doutrina de Barbosa Moreira e de Alexandre Câmara, faz uma aplicação analógica, para esses casos, do artigo 352 do CPC. O que quer dizer, portanto, que, após o trânsito em julgado, admitir-se-á tão somente ação rescisória e, antes do trânsito, ação anulatória.

O inciso IX dispõe ser admissível ação rescisória quando a sentença for fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. Para se compreender melhor o que significa erro de fato, o §1º do art. 485 explicita que esse erro ocorre quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando a mesma admitir um fato inexistente efetivamente ocorrido. Ademais, consoante o §2º, é imprescindível que não tenha havido controvérsia, muito menos pronunciamento judicial sobre o fato. Este inciso tem merecido certo cuidado na doutrina, para evitar que a ação rescisória, neste caso, funcione como mero instrumento para a verificação de acerto ou de injustiça na decisão judicial, bem como para se reconstituir fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo já transitado em julgado.³⁰ Isso é função precípua dos recursos, desse modo não se pode banalizar a utilização da ação rescisória sob pena de acabar se relativizando a coisa julgada material por motivos frívolos, indo em contramão da segurança jurídica, tendo ainda em vista ser a rescisória um meio autônomo excepcional de impugnação. Nesse caminho, além das condições descritas nos §§1º e 2º do art.485, a melhor doutrina ainda impõe mais uma, a fim de ensejar a rescisória por motivo fundado no inciso IX, qual seja, o erro deverá ser analisado, na rescisória, de modo perfunctório, ou seja, sem a necessidade de produção probatória, apenas com o simples exame das peças do processo.³¹

1.4 Consequências do decurso do prazo

Segundo o artigo 495, o direito de ajuizar a ação rescisória extingue-se em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão. A redação deste dispositivo encontra-se equivocada, como bem assinala Alexandre Câmara e Barbosa Moreira, visto que o que se extingue é o direito à rescisão daquela decisão a qual se quer rescindir e não o direito de se ajuizar uma ação rescisória³², até mesmo porque este direito nada mais é do que a manifestação do direito de ação, direito este subjetivo, abstrato, imprescritível.

Vale a pena afirmar que o prazo do artigo 495 caracteriza-se por ser decadencial, porquanto findo este se extinguirá o direito potestativo à rescisão. O direito à rescisão é

³⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p.719.

³¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p.147.

³²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 219; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 26.

potestativo, pois se enquadra na classificação de ações constitutivas e estas, por sua vez, como não sofrem lesão, não se submetem a um prazo prescricional. Barbosa Moreira, citando Chiovenda, explicita bem o que vem a ser direito potestativo. Com suas palavras:

Já assim, em termos perfeitamente explícitos, CHIOVENDA, Instit., vol. I, pág. 20: “Os direitos potestativos, por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder jurídico de produzir um efeito jurídico, e se exercitam com uma simples declaração de vontade, com ou sem o concurso da sentença judicial, não podem ser lesados por ninguém”³³

No tocante especificamente à contagem do prazo, faz-se necessário afirmar que existe uma polêmica, no consentâneo à possibilidade de haver coisa julgada material total ou parcial. Diz-se isso, pois se, em uma sentença, houver capítulos independentes uns dos outros e a parte se ver prejudicada em apenas um desses poderá interpor recurso contra um e não interpor contra o outro. Desse modo, para aqueles que defendem a possibilidade de coisa julgada parcial, será plenamente possível que o capítulo, que não tenha sido objeto de recurso, transite em julgado, enquanto o outro, que foi objeto, não.

Assim, admitida essa possibilidade, o prazo de dois anos para a ação rescisória contar-se-á de forma diferente para cada capítulo em uma sentença, já que a contagem, seguindo o disposto no art. 495 do CPC, começa do trânsito em julgado. Importante corrente doutrinária defende a coisa julgada parcial³⁴, no entanto a jurisprudência do STJ não entende assim, de modo que o trânsito em julgado para esta Corte somente pode ocorrer após a decisão final no último recurso interposto no processo. Foi com este entendimento que o STJ editou o enunciado de súmula nº 401 que assim dispõe: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Havendo a decadência do direito potestativo à rescisão da sentença, ocorre o fenômeno denominado pela doutrina de “coisa soberanamente julgada”. Quando a decisão judicial atingir esse estágio, se estabilizará de uma vez por todas, já que além de ser atingida pela coisa julgada material, nem mesmo passível será de desconstituição, via ação rescisória.

Neste diapasão, vale a pena trazer à baila a posição do insigne processualista José Frederico Marques que defendeu veementemente o fenômeno da “coisa soberanamente julgada”.³⁵ Tanto é assim que o mesmo doutrinador entendia que tal fenômeno ocorria

³³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 220, nota de rodapé.

³⁴BARBOSA MOREIRA, O Novo Código de Processo Civil, p. 199; THEODORO JÚNIOR., Curso de direito processual civil., p. 595.

³⁵MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 9. Ed. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 250.

também quando do julgamento da própria ação rescisória, ou seja, após o proferimento da decisão em sede de rescisória, esta se submeteria à coisa soberanamente julgada. Em contramão a este entendimento, Alexandre Câmara discorda da posição do eminente processualista, porquanto defende a possibilidade de uma ação rescisória contra a decisão de outra ação rescisória, desde que obviamente tenha ocorrido uma daquelas situações previstas nos incisos do artigo 485, expostas em item anterior, denominadas comumente de vícios de rescindibilidade.³⁶ Assim, também defende a rescisória da rescisória Humberto Theodoro Jr.³⁷

³⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 26, nota de rodapé.

³⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p.731.

2 DOS CONCEITOS E INSTITUTOS INERENTES À TUTELA DE CONHECIMENTO

2.1 Condições da ação

O estudo das condições da ação insere-se no contexto evolutivo da teoria da ação que, ao longo dos tempos, foi determinante para que a ciência do direito processual angariasse autonomia perante o direito material.

Dessa forma, antes de adentrarmos precisamente na problemática existente em torno do que se denomina de condições da ação, faz-se necessário realizar uma rápida digressão acerca das teorias da ação existentes para que se possa compreender melhor de que forma o direito processual foi se desatrelando do direito material, conforme se esboçava um novo estudo para explicar a natureza jurídica da ação.

Em um primeiro momento, designava-se de teoria imanentista ou civilista aquela que concebia o direito de ação como sendo o direito material violado.³⁸ Querendo dizer, pois, que o direito de ação surgiria com o movimento do “direito material”, que saía de sua forma estática a partir do momento que era violado. Seria o mesmo que, *grosso modo*, dizer que o direito de ação apareceria com o surgimento da pretensão. Nessa teoria, o direito de ação e o direito material se confundem. É a teoria que predominava em Roma Antiga, com a figura da *actio* romana.

Em um segundo momento, decisivo para a efetiva autonomia do direito de ação frente ao direito material, surge, primeiramente, a teoria de fundo concretista que propugna ser o direito de ação distinto do direito material, um não se confundindo com o outro, como prelecionava a teoria imanentista. No entanto, a despeito dessa relativa autonomia, o direito de ação, embora distinto, não poderia existir se não existisse o direito material o qual estava disposto a assegurar.³⁹ Dessa forma, conforme a teoria concretista, somente haveria direito de ação, se o autor tivesse efetivamente o direito material alegado em face de quem ajuizaria esta ação. Em contraposição a essa teoria, surge a teoria abstrata do direito de ação, que é a que predomina, indubitavelmente, no sistema jurídico brasileiro de hoje. Consoante a teoria abstratista, o direito de ação não só é autônomo ao direito material, como também pode muito bem existir sem que necessariamente o direito material exista, ou seja, é independente do

³⁸DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil (Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento). 13 ed. Salvador: JusPodivim, 2011, p 199.

³⁹PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v.III, p. 275-276.

direito material que visa assegurar.⁴⁰ Daí ser a ação concebida em *abstração* ao direito material. Nesse caminho, o direito de ação é incondicionado à efetiva existência do direito material. O autor tem o direito de obter, por meio de um processo, a tutela jurisdicional, independentemente se o seu pedido for julgado procedente ou improcedente. O direito de ação, então, se configuraria no direito do cidadão de obter um pronunciamento do Estado quanto a possuir ou não razão referente a um direito material que alega contra outrem.

Neste diapasão, vale a pena inferir que, na teoria abstrata, embora seja a predominante em tempos atuais e responsável direto pela efetiva separação do direito processual frente o direito material, há correntes que divergem no consentâneo a impor ou não limites, condições, ao direito de ação que não por meio do direito material.

Destarte, convém destacar três correntes abstratistas, a saber: a teoria abstratista pura, a teoria eclética e a teoria da asserção.

A teoria abstratista pura não impõe limite algum no que se refere ao exercício do direito de ação. A partir do momento em que o autor ajuíza a ação, terá exercido efetivamente o seu direito de ação. Não há requisito ou condição que precise ser preenchido para que tal direito exista.

A teoria eclética foi concebida pelo insigne processualista italiano Liebman. Segundo preleciona essa teoria, o direito de ação, para efetivamente existir, deve preencher determinadas condições. São as condições da ação.⁴¹ Sendo assim, o direito de ação consiste no direito do autor de obter o pronunciamento do Estado-Juiz, com a qualificação de que tal pronunciamento deve ser de mérito. Como se pode notar é precisamente essa teoria à qual o sistema brasileiro se filia atualmente, de modo que as condições da ação, de acordo com a concepção de Liebman, são duas, quais sejam, a legitimação para agir e o interesse.⁴² Caso o

⁴⁰DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., p. 199-200.

⁴¹No que se refere às condições da ação, vale a pena destacar que a ideia de sua utilização não é exclusiva dos adeptos da teoria abstrata, porquanto são também utilizadas na teoria concretista, mas com outro intuito. Para os concretistas, as condições apresentam-se como condições de acolhimento da demanda que devem ser verificadas no momento da decisão. Leonardo Greco explicita que, para Chiovenda, as condições são tratadas como condições gerais da sentença positiva de acolhimento vide em GRECO, Leonardo. A Teoria da Ação no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2003, p.17.

⁴²LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. Tradução e Notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p.203-204. É necessário afirmar, conforme esclarece nota de Cândido Rangel Dinamarco, no tocante às condições da ação, que inicialmente Liebman concebeu três, a saber: a possibilidade jurídica, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir. Todavia, instituída, na Itália, a lei que criou o divórcio, entrando em vigor em 1970, Liebman passou a desconsiderar a possibilidade jurídica como condição da ação, visto que pedir o divórcio era o principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido. Embora tal fato, o código de processo civil brasileiro, que entrou em vigor em 1973, graças ao trabalho do autor de seu anteprojeto Alfredo Buzaid, influenciado pela doutrina de Liebman, acabou por incorporar as três antigas condições da ação do insigne mestre italiano. É por isso que, quando da menção expressa dessas condições no art. 267, VI, que configura uma das hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito, ainda consta a possibilidade jurídica como uma das condições da ação vide em LIEBMAN, Enrico Tullio, Op. Cit., p.204-205.

autor da ação não preencha essas condições, haverá o que se denomina de “carência da ação”, a ensejar a extinção do processo sem análise do mérito. É o que se entende comumente por sentença terminativa.

No direito brasileiro, são três as condições da ação, a saber: a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica (CPC, art. 267, VI). A legitimidade das partes (*legitimitatio ad causam*) consiste na “titularidade ativa e passiva da ação”⁴³ que, em regra, é ordinária, ou seja, são legitimados, tanto ativa quanto passivamente, aqueles sujeitos que compõem a relação jurídica material que consiste no objeto do processo. Já a legitimidade é extraordinária quando figuram, como partes no processo, pessoas que não compõem a relação jurídica objeto do mesmo. Em suma, é aquele que defende em nome próprio direito alheio.

O interesse de agir diz respeito a um interesse processual que não se confunde com o interesse material, substancial. Refere-se ao “interesse em obter o provimento solicitado”.⁴⁴ Desta feita, esclarece Liebman que o interesse processual, embora não se confunda com o interesse material, relaciona-se com esse, querendo assim dizer, em breves palavras, que o interesse processual consiste no interesse da tutela do interesse substancial. Para elucidar bem essa diferença, Liebman recorre ao seguinte exemplo.

O interesse primário de que se afirma credor de 100 é obter o pagamento dessa importância; o interesse de agir surgirá se o devedor não pagar no vencimento e terá por objeto a sua condenação e, depois, a execução forçada à custa de seu patrimônio.⁴⁵

No que concerne à última condição da ação, qual seja, a possibilidade jurídica, como explicitado em nota de rodapé alhures, Liebman atualmente a concebe dentro do próprio interesse de agir, no entanto o nosso atual Código de Processo Civil o enumera como uma condição da ação independente. Desse modo, consiste na admissibilidade em tese, ou seja, em abstrato do que será pedido como tutela jurisdicional. Concerne na “admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente proibido.”⁴⁶ É possível mencionar que a possibilidade jurídica em uma ação consiste propriamente em uma análise superficial, devendo-se comparar a tutela jurisdicional pedida com as hipóteses admitidas em um ordenamento jurídico, visto que, se tal análise fosse realizada com vistas à situação de fato

⁴³LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. Cit., p.208.

⁴⁴LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. Cit., p.206.

⁴⁵LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. Cit., p.206.

⁴⁶Esta é a explicação dada por Liebman quando ainda considerava a possibilidade jurídica como uma condição da ação vide em LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. Cit., p.205.

exposta, adentraria no próprio mérito da demanda, o que seria inadmissível para conceber a teoria eclética como uma teoria abstrata.

Ainda segundo a teoria eclética, separa-se o direito de ação constitucionalmente assegurado, que, por ser direito fundamental, é incondicionado, expressando-se verdadeiramente no direito de petição, de modo que, nesse caso, o direito de obter o pronunciamento do Estado estaria fulcrado no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV), do direito de ação no âmbito do direito processual que, para existir, deve passar pela peneira, pelo filtro, das condições da ação *supra* mencionadas, a fim de que o autor tenha direito ao processo e ao julgamento de mérito.⁴⁷

Há doutrina que entende que a falta das condições da ação não afere a inexistência do direito de ação, mas sim o exercício irregular desse mesmo direito. Desse modo, segundo essa linha de pensamento, a carência da ação não significa que não houve ação, mas que o seu exercício deu-se de modo irregular.⁴⁸ Leonardo Greco adota em seu livro *A Teoria da Ação no Processo Civil* uma posição que pende mais para o pensamento de Liebman. Conforme o processualista, as condições da ação são os requisitos de existência para que ambas as partes tenham direito à jurisdição, ou melhor, ao provimento jurisdicional, do contrário, o exercício da jurisdição pelo Estado-Juiz configuraria prática ilegal. Com suas palavras:

Penso que as condições da ação são requisitos da existência do direito ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material. Sem elas, as partes não devem ter direito à jurisdição, a um provimento jurisdicional que possa vir a assenhoreá-las do bem da vida postulado. À sua falta, a movimentação da máquina judiciária seria abusiva e ilícita, pois são elas que justificam e fundamentam a necessidade da intervenção judicial nas relações jurídicas entre particulares ou entre estes e o Estado.⁴⁹

A teoria da asserção não nega importância às condições da ação como filtro para a existência do direito de ação. Na verdade, tenta amenizar uma celeuma que ronda justamente em torno da concepção das condições da ação, que diz respeito à linha tênue existente entre o que se pode chamar de condição da ação e mérito. Isso acontece principalmente no tocante em relação à legitimidade *ad causam* e à possibilidade jurídica. Em muitos casos, é difícil dissociá-los da própria análise de mérito. E isso é um grande problema, visto que o processo, ao extinguir-se por falta das condições da ação, forma apenas coisa julgada formal, com a

⁴⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. Cit., p.199.

⁴⁸Nesse sentido: Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 259 apud GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p.17; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 39; AMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 33.

⁴⁹GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 18.

possibilidade de o autor reajuizar novamente a ação; enquanto que, se o processo for extinto com a apreciação do mérito, a sentença restar-se-á atingida pela autoridade da coisa julgada material, portanto não será mais possível ao autor rediscutir a lide em torno da qual houve coisa julgada, nem por meio de recurso, nem através da instauração de um novo processo. Outrossim, passados dois anos do trânsito em julgado, passível nem será mais de ação rescisória. No entanto, mostra-se mais compatível uma sentença revestir-se de coisa julgada material do que de coisa julgada formal se analisou as matérias que seriam meras condições da ação em cognição exauriente, ou seja, com ampla dilação probatória. Assim, esclarece Greco os benefícios de se defender a teoria da asserção:

Mas mesmo entre os abstratistas há os que rejeitam a teoria da asserção, como Cândido Dinamarco e José Maria Tesheiner, ressaltando este último apenas a hipótese de legitimação ordinária, que decorreria apenas da afirmação do autor.

Se as condições da ação fossem totalmente estranhas ao direito material, poderia admitir-se a opinião destes últimos. Mas a sua aferição em face de determinados fatos originadores do próprio direito material postulado, como ocorre indiscutivelmente com a possibilidade jurídica e com a legitimação ordinária ou extraordinária, levaria ao absurdo de, após exaustiva instrução e cognição a respeito desses fatos, resultar o processo numa frustrante sentença de carência de ação, sem coisa julgada.⁵⁰

Ato contínuo, a teoria da asserção tenta diferenciar o que é mérito do que é mera condição da ação, de acordo com o grau de cognição a ser realizado pelo juiz quando da aferição das condições da ação. Desta feita, a teoria preleciona que o juiz analisa se a ação preenche as três condições com base apenas na afirmação do autor em sua inicial. Tal análise pode ocorrer também depois da resposta do réu ou em momento processual posterior, desde que o juiz aviste de plano que a ação não preenche os seus requisitos ou condições. Se assim entender, deverá extinguir o processo sem a apreciação do mérito. No entanto, se houver dúvida fundada de que a ação não preenche tais condições e que, para tal aferição, necessitar-se-á de uma análise probatória e, conseqüentemente, de um grau de cognição mais profundo por parte do juiz, tais requisitos deixam de ser meras condições da ação e passam a ser objeto de análise de mérito no processo a ser decidido em sentença plenamente capaz de se revestir da autoridade da coisa julgada material, quando restar-se resolvido definitivamente com o trânsito em julgado.

Leonardo Greco, mesmo adepto da teoria da asserção, como fica demonstrado claramente na citação acima, defende uma posição peculiar que merece ser dita. Segundo o mesmo doutrinador, a mera afirmação na petição inicial realizada pelo autor da ação não pode

⁵⁰GRECO, Leonardo. A Teoria da Ação no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 24.

ser levada apenas em conta para a aferição de suas condições e, conseqüentemente, da existência do direito de ação. É necessário, para que o autor intente ação contra o Estado a fim de resolver lide em face de outrem, que haja um mínimo probatório apto a evidenciar que esse mesmo autor não está ajuizando ação cuja demanda seja inviável. Tal ideia se equipara, *mutatis mutandis*, ao conceito de “justa causa”, criado pelo jurista Afrânio Silva Jardim, comumente utilizado no processo penal como condição de procedibilidade para ação penal. Destarte, explana essa ideia.

As condições da ação se aferem a partir da asserção, pois são um juízo de mera possibilidade de acolhimento do pedido, concretamente fundamentada na logicidade da verdade relatada e das suas conseqüências jurídicas e na sua sustentação em provas, ainda que mínimas. Ou seja, não basta a simples asserção. Se esta for absurda ou vier desacompanhada de qualquer indício da sua verossimilhança, deverá o autor ser julgado carecedor da ação, para não submeter o réu ao ilegal constrangimento de ter de defender-se e de perder o pleno gozo do seu direito decorrente da litigiosidade, sem uma causalidade adequada. E não haverá coisa julgada. Volte o autor, se quiser, como outra postulação satisfatoriamente fundamentada.⁵¹

Há um interessante artigo de Arruda Alvim⁵² em que o ilustre processualista paulista defende que a sentença que julga pela ilegitimidade *ad causam* seria uma falsa sentença de carência de ação, já que, na verdade, realizaria um julgamento de mérito apto a ensejar a coisa julgada material.

Segundo esse mesmo autor, conceber a legitimidade *ad causam* como mera condição da ação, conforme interpretação literal do CPC, é incoerente com o prelecionado pelo art. 268 do CPC que permite a repropositura da ação extinta anteriormente sem julgamento de mérito. Porquanto, não se mostra plausível que alguém reajuíze ação o qual é ilegitimado a ajuizar. Isto configuraria abuso do direito de demandar e não seria compatível com a economia e a instrumentalidade do processo.⁵³ Outrossim, não haveria como corrigir tal vício a fim de repropor a mesma ação, pois, da correção de tal vício, haveria um novo autor ou um novo réu, ou seja, uma modificação no polo ativo ou passivo da demanda e, assim, não seria mais a mesma ação ou, então, o autor deveria apresentar novos argumentos para defender a legitimidade ativa ou passiva, o que mostra, também, que não será a mesma ação a ser reproposta, mas, em verdade, outra.⁵⁴

⁵¹GRECO, Leonardo. A Teoria da Ação no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2003, p.24.

⁵²ALVIM, Arruda. O art. 268 do CPC, a Legitimidade e a Ocorrência de Coisa Julgada: Critérios de Interpretação. Revista Fornese, n. 401, janeiro/fevereiro 2009.

⁵³ALVIM, Arruda. Op. Cit., p. 18.

⁵⁴ALVIM, Arruda. Op. Cit., p. 18.

Um outro argumento mencionado pelo processualista é que se com a decretação de ilegitimidade não se pode mais ajuizar a mesma ação, bem como enseja extinção do processo sem julgamento de mérito, não se mostrando, portanto, passível de ação rescisória, tal sentença seria ainda mais definitiva que a sentença extintiva de mérito, o que se afiguraria de todo inconcebível!

A sentença de carência, que pretensamente cuidaria de questão meramente processual e não obstaria ao direito do autor de requerer novamente a tutela jurisdicional, se reveste, do ponto de vista prático, de uma definitividade ainda maior que a sentença de mérito, pois esta pode, em hipóteses restritas, ser objeto de ação rescisória.⁵⁵

Vale a pena trazer à baila, que seria mais correto, segundo Arruda Alvim, que a legitimidade *ad causam*, mais precisamente, a legitimidade ordinária fosse tratada no âmbito do mérito da causa. Isto porque, se o autor ou o réu é ilegítimo, ou o autor não tem o direito que alega, por não ser o titular ativo da relação jurídica material, ou o direito que se invoca contra outrem não existe em face do mesmo, justo por não ser o titular passivo da relação jurídica material.⁵⁶ Desse modo, vislumbra-se que a legitimidade, ativa ou passiva, incursiona no próprio mérito, já que afeta a própria relação jurídica material.

O processualista Fredie Didier é adepto desta mesma concepção exposta por Arruda Alvim. Aquele doutrinador pende para a teoria abstratista pura, pregando a abolição das condições da ação como categoria jurídica, justo porque afirma que é muito difícil extremar a legitimidade de agir ordinária e a possibilidade jurídica do pedido do próprio mérito da causa. Sendo assim, defende que, independentemente se a aferição da legitimidade ou da possibilidade jurídica for feita liminarmente ou após instrução, ela deve ser sempre uma decisão de mérito e não sem mérito.⁵⁷

Assim sendo, não defende a teoria da asserção. No entanto, menciona que essa mesma teoria possui defensores renomados, tais como Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, Leonardo Greco, José Carlos Barbosa Moreira, Araken de Assis e José Roberto dos Santos Bedaque. Vale ressaltar que um dos poucos que combate veementemente a teoria da asserção é Cândido Dinamarco, talvez tal justificativa encontra-se no fato de que este processualista foi bastante influenciado por Liebman, de quem foi discípulo aqui no Brasil. Desse modo, acompanha até hoje a teoria eclética concebida por aquele.

Faz-se necessário afirmar que, muito embora as condições da ação ensejem alguns problemas que gravitam em torno da análise de mérito em uma decisão jurisdicional, é preciso

⁵⁵ALVIM, Arruda. Op. Cit., p. 19.

⁵⁶ALVIM, Arruda. Op. Cit., p. 17.

⁵⁷DIDIER, Fredie. Op. Cit., p. 208.

afirmar que elas ainda existem no sistema processual brasileiro. Desta forma, não há como desprezá-las. Neste sentido, a teoria da asserção é muito útil, pois não deixa de considerá-las como aptas, em sua falta, a extinguir um processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, CPC). Outrossim, essa teoria concilia-se com o disposto no artigo 267, §3º que preleciona ser as condições da ação conhecíveis de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Isto porque as condições somente serão mérito a partir do grau de cognição realizado pelo juiz e pela análise probatória, e não pelo momento em que analisadas. Portanto, defender a teoria da asserção ainda se mostra como a posição mais coerente a fim de conciliar a teoria abstratista pura com a teoria eclética de Liebman.

Ademais, como se verá adiante, a própria posição do STJ atualmente é mais consentânea com a teoria da asserção, porquanto não prega uma análise ortodoxa dos artigos 267 e 269 do CPC, seguindo a linha de entendimento de que, para que a decisão seja de mérito ou não, faz-se necessário perquirir a sua natureza, ainda que o juiz mencione expressamente que a sentença extinguiu-se sem apreciação do mérito por falta, por exemplo, de condições da ação, pois veementemente pode ter incursionado no mérito. Essa é inclusive a posição de Barbosa Moreira conforme discutido no capítulo 1 desta monografia. E nesse aspecto, o grau de cognição pode se mostrar como uma boa ferramenta para aferir a natureza de decisão judicial.

Vale ressaltar que a verificação das condições da ação, embora seja mais consentânea ao processo de conhecimento, visto que se presta a verificar se o autor tem direito a um julgamento de mérito em um processo, é verificável também nos processos de execução e cautelar.⁵⁸ Tal verificação é importante para o deferimento da tutela pleiteada, ainda quando não haja um mérito a ser julgado, como ocorre no processo de execução.

2.2 Sentença de mérito

Antes de discutir acerca do que se entende por sentença de mérito, faz-se necessário, primeiramente, discorrer um pouco sobre o que é sentença.

O atual código de processo civil enumera três atos do juiz, ou seja, classifica as decisões judiciais em três tipos, a saber: os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças (CPC, art. 162).

⁵⁸GRECO, Leonardo, op. Cit., p. 25.

Conforme ensinamento do ilustre processualista Moacyr Amaral dos Santos, os atos do juiz diferenciam-se precipuamente dos atos das partes por serem, em regra, de cunho decisório, ou seja, constituem-se em uma ordem, em uma determinação.⁵⁹ Desse modo, o ilustre doutrinador coloca a sentença como o ato decisório por excelência.⁶⁰

No direito romano, a sentença era entendida como definitiva, ou seja, consistia no ato em que se acolhia ou rejeitava o pedido do autor. Sendo assim, a *sententia*, para os romanos, era aquele ato que dava fim ao processo, apreciando-se o mérito da causa, diferenciando-se das *interlocutiones* que se constituíam em atos decisórios do juiz no curso do processo.

Seguindo a classificação adotada no código de processo civil, sentença tem por definição “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos art. 267 e 269 desta lei”. O artigo 267 enumera as hipóteses em que o processo será extinto sem a apreciação do mérito, já o artigo 269 enumera aquelas em que o processo será extinto com a apreciação do mérito. Nota-se assim que, diferentemente do direito romano, a sentença, segundo o atual código, nem sempre irá culminar em uma apreciação do mérito, isto é, para que seja sentença o ato deve por fim ao processo, mas não necessariamente irá resolver a lide objeto da causa.

Embora tecnicamente não seja correto dizer que uma sentença tenha o condão de extinguir o processo, já que, com a possibilidade de interposição de recurso, o processo ainda continua. Na verdade, o juiz, ao proferir a sentença, estará pondo fim à sua atividade jurisdicional naquele processo, esgotando-a, ou à determinada fase do processo, com exceção de quatro hipóteses, sendo duas previstas no artigo 463: quando há erro material e em sede de embargos de declaração, as outras duas consistem na possibilidade de retratação em 48 horas, quando for interposta apelação contra sentença de indeferimento de petição inicial (art.296, CPC) e no caso do art.285-A do CPC que trata de mais uma possibilidade de o juiz rever a sua sentença, quando reproduzir sentença de total improcedência sobre matéria controvertida exclusivamente de direito e o autor apelar. Há ainda mais uma exceção, prevista em Lei extravagante, a saber: o recurso de embargos infringentes previsto no art. 34 da lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais). Este não se confunde com os embargos infringentes do art.530 do CPC e consiste em um recurso que se destina a impugnar sentença de execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs) e que é apreciável pelo próprio juiz de primeiro grau prolator da sentença. Tirando essas exceções, somente outro magistrado de grau superior ao daquele poderá realizar novos atos decisórios dentro do

⁵⁹SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol. III. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

⁶⁰SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 26.

mesmo processo, quando houver recurso das partes ou em caso de remessa necessária. (Aqui não se está levando em consideração as Turmas Recursais, que muito embora funcionem como instância recursal das decisões provenientes dos juizados especiais, os magistrados que as compõem são juízes de 1º grau e não desembargadores, justamente porque são órgãos pertencentes às Justiças de 1º grau).

Os outros dois atos decisórios do juiz que estão previstos no código são a decisão interlocutória e os despachos. Aquela se refere ao ato que não põe fim ao processo, mas que resolve questão incidente (art. 163, §2º). Questão, segundo Moacyr dos Santos, filiando-se a Carnelutti, constitui-se em um ponto controvertido, seja de fato ou de direito.⁶¹ Os despachos, por sua vez, têm uma função remanescente, querendo dizer que são os atos do juiz os quais a lei não estabeleça outra forma (art. 162, §3º).

É importante denotar que esta classificação dos atos do juiz, de certa forma, se parece em muito com a classificação realizada por Liebman. Segundo as lições de Moacyr dos Santos, Liebman classificou os atos do juiz em dois tipos, quais sejam, em decisões interlocutórias e finais. Dentro das decisões interlocutórias, fez ainda uma subclassificação: a dos despachos de mero expediente (decisões interlocutórias simples) e as que resolvem questões processuais (decisões interlocutórias mistas), sem, no entanto, porem termo ao processo.⁶²

Sendo assim, em cotejo com a classificação adotada pelo código, pode-se afirmar que os despachos do artigo 163, §3º correspondem às decisões interlocutórias simples, pois têm como escopo principal dar mero prosseguimento ao processo, caracterizando-se esse, sob o prisma procedimental, em um conjunto concatenado de atos. Vê-se, como exemplo de decisão interlocutória simples, o despacho que ordena a citação do réu. Não traz prejuízo às partes, portanto é insuscetível de recurso (CPC, art. 504)

Já as decisões interlocutórias do artigo 163, §2º enquadram-se nas decisões interlocutórias mistas que detêm a característica de resolver questão referente ao processo, mas que não sacrifica a relação processual, permitindo a própria continuidade do processo. Enumeram-se, como exemplos, aquelas decisões que repelem as arguições de ilegitimidade da parte e de falta de pressupostos processuais.⁶³

As decisões finais, cujo termo é autoexplicativo, significam aquelas que objetivam por fim à relação processual. Nesse caminho, Liebman indica haver tanto decisões que encerram o

⁶¹SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 29.

⁶²SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 27-28.

⁶³SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 27.

processo, mas que não apreciam o pedido propriamente dito realizado pelo autor, as denominadas comumente de sentenças terminativas, quanto decisões que, em contraposição a essas, põem termo à relação processual, apreciando o mérito da lide, ou seja, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor na petição inicial. São as chamadas definitivas e que se aproximam da noção de *sententia* trazida pelos romanos.

Seguindo a linha de pensamento de Humberto Theodoro Júnior, a sentença corresponde ao dever do Estado de declarar a vontade concreta da lei com o intuito de solucionar o litígio posto em questão.⁶⁴ Ora, se a ação corresponde a um direito público subjetivo à tutela jurisdicional, o Estado, por meio do juiz, com a sentença, estará satisfazendo aquele direito do autor em ver prestada a tutela jurisdicional. No entanto, a parte autora, para exercer adequadamente esse direito deverá preencher determinadas condições, denominadas de condições da ação, vistas em subitem anterior. Caso isso não aconteça, o processo será extinto por meio de sentença terminativa (CPC, art. 267, VI). Daí porque considerar tal sentença de cunho anômalo, já que não se presta a exercer a sua função normal, a saber: resolver uma lide.

Existe polêmica no que concerne à natureza jurídica da sentença. Há doutrina⁶⁵ que entende a sentença meramente como o resultado final de um processo lógico em que se realiza um confronto entre fatos e direitos, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior é a lei, a premissa menor são os fatos e a conclusão é a procedência ou improcedência do pedido. Sendo assim, para essa corrente doutrinária, a sentença é um ato de inteligência.

No entanto, a concepção de sentença como um mero ato de inteligência não é suficiente para explicar de onde surge o seu caráter imperativo. Nesse caminho, traz-se à baila a crítica que Moacyr Amaral dos Santos faz aos que entendem ser a sentença apenas um ato de inteligência.

Mas, a considerar-se um simples ato de inteligência, a sentença não conteria senão um parecer, idêntico ao que qualquer jurisconsulto emitisse, valendo-se dos mesmos elementos utilizados pelo juiz. Seria a sentença nada mais do que um parecer, a distinguir-se do emitido por um jurisconsulto por ser fornecido pelo Estado. Seria um parecer, que se qualificaria por ser fornecido pelo Estado.⁶⁶

⁶⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 505.

⁶⁵Moacyr Amaral dos Santos cita Uco Rocco e João Monteiro como os doutrinadores que pensam assim vide em SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 32.

⁶⁶SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 33.

Destarte, é dominante o entendimento de que a sentença, não deixando de ser um ato de inteligência, também é um ato de vontade, ou seja, traduz um comando, uma imposição. Isto deriva da noção de que a sentença deflui da premissa maior que é a regra legal, isto é, aquela é a concretização desta que possui como característica principal a imperatividade, daí porque a sentença também deve ser imperativa. Dentre os processualistas que entendem assim cite-se Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Liebman, Michelli, entre outros.⁶⁷ Vale a pena inferir que a ideia de sentença como ato de vontade foi trazida por Chiovenda, que afirma ser a mesma senão “a afirmação da vontade da lei aplicada ao caso concreto”. Vislumbra-se, portanto, que a sentença tem como principal função aplicar a regra jurídica ao caso concreto objeto da lide, a fim de resolver a mesma.

A lide, segundo a exposição de motivos do atual código, se confunde com o conceito de mérito, sendo ambas sinônimas. Nestes termos, esclarece Alfredo Buzaid.

Haja vista, por exemplo, o vocábulo ‘lide’. No Código de Processo Civil vigente ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV e 687, §2º). O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.

Desse modo, consoante os dados supramencionados, é possível afirmar que a sentença será de mérito, quando resolver a lide. As hipóteses descritas nos incisos do art. 269 ilustram as situações em que isso ocorre. No entanto, é importante ressaltar que somente no inciso I do artigo mencionado é que se fará uma apreciação propriamente dita do mérito, com a imposição de uma decisão pelo juiz às partes. As outras hipóteses (II, III, V) não caracterizam um ato de imposição de uma solução pelo juiz, mas, mais propriamente, em uma homologação da autocomposição das partes. No tocante à prescrição e decadência (IV), tanto a existência de uma quanto à de outra atinge a própria lide, por isso inserem-se também no exame de mérito.

2.3 Coisa julgada formal e material

⁶⁷SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 33.

A sentença, seja de mérito ou não, quando publicada, torna-se irretroatável pelo órgão judicial que a proferiu, podendo somente ser modificada, em regra, por órgão judicial hierarquicamente superior ao daquele, com fundamento em vício de procedimento (*error in procedendo*) ou por ser injusta (*error in iudicando*), conforme o princípio do duplo grau de jurisdição. Esta modificação é deflagrada, em regra, por meio de um instrumento voluntário da parte vencida denominado de recurso. Tais recursos estão taxativamente previsto no art. 496 do CPC, com exceção de apenas dois, previstos em leis especiais, quais sejam, o recurso de embargos infringentes expresso na Lei de Execuções Fiscais, já explicitado neste trabalho, e o recurso inominado previsto no art. 41 da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Nota-se assim que a sentença é passível de reforma ou anulação. Nesse caminho, é necessário afirmar que a mesma, quando recorrível, não consistirá ainda na vontade da lei aplicada ao caso concreto, já que esta vontade poderá ser modificada por outro órgão jurisdicional. Mais propriamente se traduzirá em um ato que expressa uma situação jurídica, porquanto se constitui em uma circunstância que, em conjunto com outras circunstâncias que poderão ser acrescidas, poderá conduzir a determinado ou determinados efeitos jurídicos.⁶⁸ Esta teoria que explicita ser a sentença recorrível uma situação jurídica pertence a Chiovenda e a qual o insigne processualista Moacyr dos Santos de filia. Entretanto, este doutrinador deixa bem claro que existem outras teorias tentando explicar o que significa a sentença ainda passível de reforma. Desse modo, apresenta que, para Calamandrei, a sentença recorrível equivale a ato sujeito a condição resolutiva, enquanto para Carnelutti, trata-se de ato imperativo do juiz, não imutável, mas que produz determinados efeitos.⁶⁹

Neste diapasão, haverá um momento em que a última decisão judicial no processo não será mais passível de reforma, ou seja, não será mais admissível qualquer recurso contra ela, seja porque se esgotou o prazo para interpor o recurso cabível, seja porque houve desistência ou renúncia ao recurso, ou não havia recurso cabível ou ainda o recurso foi interposto e contra a última decisão judicial prolatada não será mais possível admitir-se outro recurso. Sendo assim, é a partir de então que a decisão judicial, seja a sentença, seja o acórdão, a depender do órgão jurisdicional que pronunciou a decisão que encerrou o processo, transitará em julgado.

Transitando em julgado, a decisão judicial se tornará imutável dentro do processo. É aí que acontece o fenômeno da coisa julgada formal, o qual ocorre tanto em sentenças ditas terminativas quanto em sentenças de mérito.

⁶⁸SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 67.

⁶⁹SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 68.

Entretanto, somente para a sentença que resolve a lide, ou seja, para aquela que é de mérito, é que ocorrerá o que se denomina por coisa julgada material. É preciso enfatizar que tanto a coisa julgada formal quanto a coisa julgada material são degraus do mesmo fenômeno.⁷⁰ Querendo dizer, pois, que a sentença ou o acórdão, quando não mais passível de reforma no processo, se revestirá da coisa julgada formal. Contudo, quando houver pronunciamento de mérito, a decisão não será mais passível de reforma dentro do processo em que proferida, ademais os seus efeitos tornar-se-ão imutáveis para fora do processo. É o que se denomina por coisa julgada material. Assim, esta imutabilidade gerará uma função negativa da coisa julgada material, a saber: impedirá que a lide, objeto de resolução na decisão já transitada em julgado, seja novamente discutida em um novo processo. Para tanto levar-se-á em conta a identidade de demandas, isto é, se neste novo processo estarão presentes as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Moniz de Aragão de forma bem elucidativa explicita o que se entende por coisa julgada formal e por coisa julgada material, conforme abaixo se transcreve.

(...) Pode-se pois dizer que todo pronunciamento final (isto é: a “sentença” tal como definida no art. 162, §1o) produz coisa julgada formal, vale dizer adquire estabilidade relativa, que corresponde à preclusão, a qual veda a reconsideração pelo juiz no próprio processo (mas não em outro, no qual o mesmo assunto seja novamente debatido); porém se o julgamento que extingui o processo também solucionar o litígio, ou seja, acolher ou rejeitar o pedido do autor, além dessa estabilidade relativa, que o imuniza contra a reconsideração no próprio processo, adquire simultânea e concomitantemente uma estabilidade absoluta, que o torna intocável não só no processo em que foi proferido, como em qualquer outro formato posteriormente, no qual alguém pretenda submeter à apreciação judicial o mesmo bem jurídico, a mesma res.(...)⁷¹

A decisão revestida de coisa julgada material será definitivamente a expressão da vontade da lei no caso concreto, ou seja, valerá como lei entre as partes, não podendo nem mesmo ser atingida por lei superveniente, conforme expressamente previsto na Constituição da República no artigo 5º, inciso XXXVI, já explicitado em capítulo anterior.

O fenômeno da coisa julgada, como denota Egas Moniz de Aragão, tem fundamento em uma ponderação realizada entre dois “sérios perigos”, a saber: sentença errada e incerteza sobre os direitos. Assim, escolhe-se o primeiro como um mal menor.⁷² É por isso que o princípio do duplo grau de jurisdição é fundamental para diminuir a possibilidade de haver

⁷⁰SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 69.

⁷¹ARAGÃO, E. D. Moniz de. Sentença e Coisa Julgada: Exegese do Código de Processo Civil: arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 218-219.

⁷²ARAGÃO, E. D. Moniz de. Op. Cit., p. 189.

uma sentença errada, muito embora se saiba que o direito não é uma ciência exata, tais como a física ou a matemática, desse modo, ainda que uma decisão judicial seja bem feita e devidamente fundamentada, não é possível inferir que exprimirá uma verdade. No máximo, o magistrado tentará subsumir da melhor forma possível os fatos ao direito, a fim de buscar a solução mais plausível para o caso concreto. A seguir, bem ilustra Humberto Theodoro Júnior o fundamento da coisa julgada.

Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de valorar a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário. Apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social que explicam a res iudicata.⁷³

A denominação coisa julgada é alvo de polêmica, pois até hoje, entre os doutrinadores do direito, não há consenso no que se refere ao conceito de “coisa”. Para Chiovenda, este vocábulo significa um “bem”, para Carnelutti significa uma relação, um conflito. No direito português emprega-se a expressão “caso julgado”⁷⁴, o que parece de certa forma denotar maior clareza de significado do que na expressão utilizada no direito brasileiro. Conforme preconiza Egas Moniz de Aragão, o entendimento da coisa julgada, seja como bem, seja como relação jurídica é saudável para a própria compreensão do seu significado. A seguir com suas palavras:

Exposto o significado da locução, torna-se fácil perceber que a “coisa julgada” corresponde ao “bem”, à “relação”, ao caso sobre que as partes litigaram em juízo depois de estar a demanda solucionada pela sentença que houver acolhido ou rejeitado o pedido do autor. Esse bem (a relação jurídica) tanto pode ser uma “coisa”, quanto um “direito” – um “bem da vida”, em suma. Tal bem, assegurando às partes pela sentença, é que constitui a coisa julgada.⁷⁵

Também não há consenso doutrinário no tocante à natureza jurídica da coisa julgada. No entanto, pode-se afirmar que majoritariamente a doutrina pende para o entendimento de Liebman que infere ser a coisa julgada uma qualidade especial da sentença que torna seus efeitos imutáveis e indiscutíveis, reforçando a sua eficácia.

O objetivo de Liebman foi distinguir duas expressões presentes no título de sua obra denominada de “Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada”, assim, para o ilustre

⁷³THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 540.

⁷⁴ARAGÃO, E. D. Moniz de. Op. Cit, p. 192.

⁷⁵ARAGÃO, E. D. Moniz de. Op. Cit, p. 194.

processualista, a coisa julgada não consiste na eficácia da sentença. E, para provar isso, o mesmo argumenta que a sentença é eficaz ainda que recorrível, ou seja, quando não atingida ainda pela autoridade da coisa julgada. Sendo assim, para ser eficaz, não necessariamente a sentença deverá revestir-se do manto da coisa julgada. A exemplo disso cita a possibilidade de execução provisória. Nesse ponto se filia ao entendimento de Carnelutti, que separa a imperatividade da imutabilidade da sentença, justamente porque, por ser imperativa, tem capacidade de produzir os seus efeitos independentemente do seu trânsito em julgado, ou seja, independentemente de se tornar imutável.⁷⁶

Barbosa Moreira faz uma crítica a essa posição de Liebman. Concorde com o mesmo no tocante à diferença entre a eficácia da sentença e a coisa julgada, todavia aduz que a questão de a sentença ser eficaz ou não antes do trânsito em julgado é uma opção da política legislativa brasileira, sendo assim a capacidade de a sentença produzir alguns efeitos antes do trânsito em julgado é uma particularidade brasileira, porém nada obstará que o legislador escolhesse, como momento inicial para produção de todos os efeitos, o próprio trânsito em julgado daquela mesma decisão.⁷⁷

Detendo-se mais na diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material, pode-se dizer que tal tem gerado certa confusão na própria compreensão do que se entende por coisa julgada.

A coisa julgada material se aproxima mais da ideia da coisa julgada. Já a coisa julgada formal não, porquanto está mais próxima do que se entende por preclusão. A primeira produz efeitos para fora do processo, enquanto a segunda se limita a produzir efeitos dentro do próprio processo em que a decisão final transitou em julgado.

Vale a pena trazer à baila a crítica feita por Moniz Aragão à nomenclatura “coisa julgada formal”, afirmando ser a mesma expressão contraditória. O doutrinador tem toda razão! Isso porque, segundo o mesmo, a coisa julgada significando *res iudicata*, se refere ao julgamento da *res*, o que demanda o exame de mérito, logo a mesma expressão não pode ser utilizada para expressar outro julgamento que não o de mérito. No entanto adverte que a utilização do vocábulo “formal” visa a minimizar essa contradição, já que se destina a se contrapor à coisa julgada substancial que realmente reflete a teoria da coisa julgada. Assim, com suas palavras. “(...) Enquanto esta última é substancialmente coisa julgada, por ter ocorrido o julgamento da *res*, a outra só tem a “forma” de coisa julgada, a aparência, mas não

⁷⁶ARAGÃO, E. D. Moniz de. Op. Cit, p. 194.

⁷⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, ob. Cit., Temas de Direito Processual, 3a Série, pp. 99-113 apud ARAGÃO, E. D. Moniz de. Op. Cit., p. 195.

a substância, precisamente porque o pronunciamento que a aprecia não julgou a *res (...)*.⁷⁸ É por isso que, o que realmente faz coisa julgada, é a decisão extintiva de mérito, não a terminativa.

É bem verdade inferir que a definição de coisa julgada do art. 6º, §3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é incompleta, justamente porque se cinge, tão somente, à dimensão da coisa julgada formal, não abrangendo, portanto, a coisa julgada material que se constitui em um degrau a mais que leva à adequada compreensão da coisa julgada, equiparando-se esta a uma escada. Assim, define a referida lei “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Como dito anteriormente, a coisa julgada material somente ocorre nas decisões que extinguem o processo com a apreciação de mérito, isto é, quando resolvem a lide. Isso faz todo o sentido quando se analisa o fundamento da coisa julgada, pois se o órgão jurisdicional profere uma decisão final de mérito, transitando em julgado, não será mais permitido que quaisquer das partes rediscuta a lide no mesmo ou em outro processo, tendo em vista a segurança jurídica e a paz social, evitando-se, assim, a proliferação de causas em que já houve uma tutela jurisdicional.

2.4 Cognição

O estudo da cognição mostra-se como sendo de importância substancial para delimitar os procedimentos que são ou não capazes de realizar coisa julgada material. De modo que a formação da coisa julgada (material) em uma decisão extintiva do feito não depende, única e exclusivamente, da existência de uma apreciação do mérito da causa, ou seja, não basta que haja a resolução de uma lide para que a decisão se revista da autoridade da coisa julgada. É necessário ainda que a apreciação desse mérito venha se dar em sede de cognição exauriente. Vê-se, assim, que o grau de cognição interfere sobremaneira na formação da coisa julgada.

Nesse diapasão, cumpre afirmar que a cognição não deixa de ser uma técnica utilizada pelo juiz para conhecer de questões em um processo. Apresenta-se como um ato de inteligência que irá preparar terreno para a fundamentação de um julgamento, de uma apreciação do mérito em uma causa, a fim de resolver uma lide, ou seja, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, se pegarmos a definição de lide de Carnelutti. Assim, segue definição de Kazuo Watanabe sobre cognição.

⁷⁸ARAGÃO, E. D. Moniz de. Op. Cit., p. 219.

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.⁷⁹

Para o insigne processualista Frederico Marques, a cognição consiste num ato de inteligência, justo porque o elemento lógico e intelectual do juiz constitui a sua característica predominante. Com suas palavras: “a imperatividade do julgado se subordina sempre ao ato de inteligência que o precede e lhe dá substância, visto que provém das indagações realizadas pelo órgão jurisdicional para investigar e resolver a respeito das questões jurídicas e de fato focalizadas no processo.”⁸⁰

Desse modo, é preciso diferenciar o que é *cognitio* do que é *iudicium*. De antemão, pode-se dizer que a *cognitio* é gênero do qual constitui espécie o *iudicium*. Assim, quaisquer questões postas à apreciação do juiz são objeto de cognição. Nesse caminho, há questões incidentais e questões principais ao processo. As questões incidentais constituem o fundamento para a decisão da questão principal. A questão principal diz respeito ao próprio mérito da demanda, ou seja, ao objeto litigioso identificado pelo pedido. No entanto, somente a questão principal será objeto da *iudicium*, ou seja, de julgamento, e não as questões incidentais. Sendo assim, somente o que constitui o objeto da *iudicium* é que será capaz de se revestir da autoridade da coisa julgada (CPC, art. 468 e 469), isto é, das características da imutabilidade e da indiscutibilidade, devido ao seu caráter definitivo, tão discutido em subitem anterior.

[...] é importante frisar uma distinção: há questões postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas, haverá também *iudicium*. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*).⁸¹

“Mas o nexa de prejudicialidade, na declaratória incidental, operando através da cognição incidental, não se limita, como na apreciação *incidenter tantum*, à *cognitio*; estende-se pelo contrário ao *iudicium*”⁸²

⁷⁹WATANABE, Kazuo. Cognição no Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.67.

⁸⁰FREDERICO MARQUES, José. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V.3, §450, p.4 apud WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 67.

⁸¹DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil (Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento). 13 ed. Salvador: JusPodivim, 2011, p. 312.

⁸²GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação declaratória incidental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 27 apud WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p.67.

Feitas as considerações necessárias sobre o que consiste a cognição e a sua diferença para o julgamento propriamente dito, não deixando de salientar que o julgamento definitivo também é um ato cognitivo, vale a pena destacar que o seu estudo contribui em muito para a separação da natureza típica dos processos ora existentes em nosso código de processo civil, a saber: o processo de conhecimento, de execução e o cautelar.

Desse modo, a doutrina mais tradicional, ao classificar as ações em ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares, não leva em consideração, tão somente, a natureza do provimento ou da tutela reclamada, deveras também o grau de cognição em cada uma dessas ações.⁸³

Nesse caminho, o processualista paulista Kazuo Watanabe divide a cognição em dois planos, quais sejam, o plano horizontal (extensão, amplitude) e o plano vertical (profundidade).⁸⁴

O plano horizontal concerne às questões que podem ser alegadas e que constituem objeto de cognição do juiz. Kazuo Watanabe cita três: as questões processuais (pressupostos processuais), as condições da ação e o mérito da demanda.⁸⁵ Neste plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial), dependendo do limite da extensão, ou seja, das questões que podem ser alegadas.⁸⁶

O plano vertical consiste no grau de profundidade que as questões serão apreciadas pelo magistrado. Refere-se à forma como o juiz apreciará as questões ora explicitadas. Pode ser classificada em exauriente (completa) e sumária (incompleta).⁸⁷ Kazuo Watanabe ainda insere mais uma categoria no plano vertical, a saber: a cognição rarefeita. Nesse sentido, salienta que este tipo de cognição é o presente no processo de execução, destacando também ser tênue e mesmo eventual. É importante salientar que é no plano vertical que a cognição definirá se uma decisão judicial (sentença ou acórdão) revestir-se-á da autoridade da coisa julgada material, de modo que só haverá a mesma em sede de cognição exauriente.⁸⁸

⁸³Cite-se alguns doutrinadores que entendem assim: Enrico Tullio Liebman. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Brasileira, v.1, §76, p. 162; José Frederico Marques. Instituições de Direito Processual Civil. V. 2. §§ 279-285, p. 46-58, e Manual de Direito Processual Civil. V. 1, § 141, p. 162, e v. 2, §48, p. 341-345; Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, v. 1, n. 24, p. 28-29 apud WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 45.

⁸⁴WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 118.

⁸⁵O mesmo processualista explicita que alguns doutrinadores entendem que somente há dois objetos de cognição, excluindo as condições da ação; outrossim, cita a posição peculiar de Celso Neves, que entende haver, na verdade, quatro objetos de cognição, distinguindo os pressupostos dos supostos processuais vide em WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 118.

⁸⁶Idem, p. 118.

⁸⁷Ibidem, p.118.

⁸⁸WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 120.

Expostos os planos horizontal e vertical de cognição, a classificação das ações é realizada com base na combinação desses planos de cognição.

Destarte, o processo de conhecimento consiste no procedimento em que há cognição plena (no plano horizontal) e exauriente (no plano vertical). Assim, a decisão em tal processo prestigia o valor da segurança jurídica no tocante à certeza da lide a ser resolvida entre ambas as partes, a propiciar, de modo tranquilo, a formação da coisa julgada material.⁸⁹ Esta é a regra no direito processual civil.⁹⁰ São as decisões proferidas em procedimento comum (art. 272, CPC) e nos Juizados Especiais Cíveis.

A cognição pode ser parcial (no plano horizontal) e exauriente (no plano vertical). Neste caso, a limitação diz respeito à extensão das questões a serem discutidas no processo.⁹¹ Neste tipo de cognição, prestigia-se a celeridade do processo.⁹² É importante dizer que as questões, que não puderem ser discutidas em determinado processo, poderão, em alguns casos, ser discutidas livremente em ação autônoma. Tal possibilidade demonstra-se mais plausível, consentânea ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. A decisão resultante de cognição parcial e exauriente pode se revestir da autoridade da coisa julgada material, visto que é proferida em cognição exauriente. Cite-se, como exemplo, o rito do processo de desapropriação regulado no Decreto-Lei nº 3365/41 em que a contestação somente poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço (art. 20).

A cognição pode ser plena (plano horizontal) e exauriente *secundum eventum probationis* (plano vertical). Por ser plena, não há limitação quanto às questões que podem ser conhecidas e apreciadas. No que diz respeito à profundidade, somente há a formação de coisa julgada material na decisão, caso haja suporte probatório suficiente a embasar o seu proferimento. Escolhe-se essa modalidade de cognição por motivos de técnica processual, a fim de conceber procedimentos simples e céleres, ou de política legislativa, como ocorre no âmbito do processo coletivo.⁹³

Há também a denominada cognição sumária. Neste caso, consoante a profundidade da cognição (plano vertical), o exame que se faz das questões postas à apreciação do magistrado é raso, superficial.⁹⁴ Contrapõe-se à cognição exauriente. É o que ocorre na tutela cautelar e na tutela antecipada. Nesses casos, fazem-se presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão de ambas as tutelas. Para a tutela antecipada, ainda deve

⁸⁹WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 120.

⁹⁰DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., p. 323.

⁹¹WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 121.

⁹²DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., p. 323.

⁹³WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 121.

⁹⁴WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 121.

estar presente a verossimilhança das alegações (CPC, art. 273, *caput*). Vale a pena afirmar que, por não ser exauriente, a cognição sumária é provisória, outrossim, não faz coisa julgada material.⁹⁵

Uma outra combinação é ser a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente. É o que Fredie Didier chama de cognição *secundum eventum defensionis*.⁹⁶ Nesta modalidade, somente haverá cognição no processo a depender da atitude do réu, ou seja, se o mesmo tomar a iniciativa do contraditório. Os grandes exemplos são a ação monitória (CPC, art. 1102-A e ss.) e a ação de prestação de contas (CPC, art. 914 e ss.).⁹⁷

Por derradeiro, destaca-se a cognição rarefeita, que é a presente na execução.⁹⁸ Não deixando de dar relevo que, na execução, mesmo sendo a cognição rarefeita, ela poderá efetivamente existir, com a oposição de um meio de defesa endoprocessual, como a exceção de pré-executividade, o que será visto com mais detalhes adiante.

⁹⁵DIDIER JR, Fredie. Op. Cit., p. 324.

⁹⁶DIDIER JR, Fredie. Op. Cit., p. 324.

⁹⁷WATANABE, Kazuo. Op. Cit, p. 126-127; DIDIER JR, Fredie. Op. Cit., p. 324.

⁹⁸WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 127.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES RELACIONADAS À TUTELA DE EXECUÇÃO

3.1 Título Executivo

Nesta parte do trabalho, far-se-á uma breve análise do que se entende por título executivo, conceituando-o, bem como explicitando o embate existente acerca de sua natureza jurídica, que é alvo de polêmica entre os grandes processualistas.

Antes de se discorrer especificamente sobre os títulos executivos, faz-se necessário, primeiramente, tecer algumas considerações sobre a tutela de execução.

No capítulo 2 desta monografia, foram levantados alguns conceitos e institutos diretamente relacionados à tutela cognitiva, isto é, ao processo de conhecimento, a saber: as condições da ação, a cognição, a sentença de mérito e o fenômeno da coisa julgada, sendo que estes dois últimos constituem pressupostos genéricos da ação rescisória, já devidamente analisados. Desse modo, é importante observar que o escopo da sentença proferida em processo de conhecimento é precipuamente resolver a lide que constitui o mérito da demanda. No entanto, esta sentença proferida pelo juiz pode ser de três espécies, dependendo do conteúdo que ostenta, quais sejam, declaratória, constitutiva ou condenatória.⁹⁹

A prolação das sentenças declaratória e constitutiva já é suficiente para a satisfação da pretensão do autor, diferentemente da sentença condenatória. O seu mero proferimento não é o bastante para o autor vencedor da demanda. É preciso que se inaugure uma nova fase no próprio processo ou que o mesmo autor ajuíze uma nova ação agora visando à tutela executiva, de forma a propiciar a plena satisfação do seu direito. Vale a pena afirmar que a busca pela tutela executiva não necessariamente advirá de uma sentença condenatória. Há determinados atos e documentos, taxativamente descritos no CPC e em leis especiais, que possibilitam o ajuizamento de uma ação de execução, os denominados títulos executivos extrajudiciais.

Seja em uma fase, seja em um processo, a execução consiste em um conjunto de medidas materiais que o juiz determina para satisfazer o direito do autor, ora exequente, com o cumprimento da obrigação imposta ao réu, ora executado. Vê-se, assim, que não há lide a ser discutida. Na verdade, o intuito da tutela executiva é buscar a satisfação da pretensão do

⁹⁹Aqui adotar-se-á a teoria ternária da sentença defendida por Liebman, havendo também a teoria quíntupla de Pontes de Miranda que acresce à teoria anterior mais duas espécies de sentença: as sentenças executivas *lato sensu* e as sentenças mandamentais. Esta teoria é mais alvo de polêmica do que a ternária, visto que há quem entenda que não há distinção suficiente entre as sentenças condenatórias, executivas *lato sensu* e mandamentais, de modo a separá-las. Assim, como este trabalho não comporta uma análise mais detida de tais teorias, utilizar-se-á, para fins de classificação das sentenças, tão somente, a teoria ternária.

credor com o cumprimento da prestação pelo devedor. Destarte, nota-se que existe de forma veemente, no processo de execução, uma desvantagem do devedor perante o credor. Os meios executórios, que se traduzem em medidas de coerção ou de sub-rogação, têm como escopo, única e exclusivamente, fazer com que o devedor cumpra forçosamente a obrigação materializada em um título executivo.

Feitas tais considerações, cumpre afirmar que, para que o credor tenha direito de ir a juízo buscar a satisfação da sua pretensão obrigacional, através de uma execução forçada junto ao patrimônio do devedor, torna-se imprescindível que detenha um título executivo (*nulla executio sine titulo*), originado de um devido processo legal de conhecimento, em que foi assegurada a ampla defesa e o contraditório ao réu, em caso de ser título executivo judicial, ou originado de confissões de dívidas, contando com a ampla participação do devedor, ou de títulos devidamente autorizados em lei, em caso de ser título executivo extrajudicial. Assim, nas palavras de Leonardo Greco.

O título executivo é uma garantia de proteção da liberdade humana contra o arbítrio da autoridade, pois sujeita a invasão da esfera de liberdade pessoal e patrimonial do devedor pelo juiz às hipóteses rigorosamente previstas em lei, que devem restringir-se às condições judiciais resultantes de processos de conhecimento regulares, às confissões de dívidas e outros títulos taxativamente instituídos pelo legislador.¹⁰⁰

Ainda, consoante os ensinamentos de Leonardo Greco, o título executivo judicial somente se constitui como garantia eficaz do devedor, que se situa em posição de desvantagem para como o credor, justo porque lhe é assegurado, no processo de conhecimento, a ampla defesa e o contraditório. No que se refere aos títulos executivos extrajudiciais, a dispensa de um processo judicial de conhecimento tão só se justifica se esses mesmos títulos estiverem expressamente enumerados em lei.¹⁰¹

No tocante especificamente aos títulos executivos, discutir-se-á um pouco sobre a polêmica envolvente à sua natureza jurídica.

A controvérsia acerca de tal gravita, precipuamente, em torno do entendimento de dois grandes processualistas, a saber: Carnelutti e Liebman.

Segundo Carnelutti, o título executivo constitui prova legal do crédito. Ele o vê como um documento, em que se atesta a existência de um determinado crédito.

Seguindo os ensinamentos de Araken de Assis, é possível inferir que Carnelutti assim entende o título executivo como prova documental, justamente porque o processo executivo demonstra-se mais exigente do que o processo de conhecimento, já que para este basta a

¹⁰⁰GRECO, Leonardo. O processo de execução. Renovar, 1999. Vol. II, p. 105.

¹⁰¹GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 105.

pretensão, enquanto aquele necessita, para a sua instauração, de uma pretensão conforme o direito. Para tanto, como não há um meio de obter uma efetiva certeza do crédito, a lei permite que o título executivo ao menos cumpra o papel de gerar relativa certeza do crédito, a fim de que o juiz possa proceder a medidas drásticas de invasão ao patrimônio do devedor para ver cumprida a obrigação deste para com o credor.¹⁰²

Título executivo é a sentença-documento e não a sentença como ato do juiz. É o documento, e não a sentença ou o contrato. A força ou eficácia executiva da sentença ou do contrato nada mais é do que a idoneidade a formar o conteúdo do título executivo. O título deve representar o fato constitutivo do crédito.¹⁰³

Liebman, discordando do pensamento de Carnelutti, que vê o título executivo como prova do crédito, entende que o título consiste, na verdade, em um ato jurídico que constitui o crédito e é fonte imediata, direta e autônoma da ação executiva.¹⁰⁴ Para o mesmo, Carnelutti interpreta erroneamente a natureza jurídica do título executivo, porquanto atrela sobremaneira o direito processual ao direito material, pois, se a execução inexiste sem o título e este faz prova de um crédito, é o mesmo que dizer que a execução inexiste sem o crédito.

É importante frisar que, como visto em subitem do capítulo anterior, quando se discorreu sobre as teorias da ação, Liebman é defensor da teoria abstrata da ação, mais precisamente da teoria eclética. Desse modo, é lícito que ele faça tal crítica a Carnelutti e entenda que o título, e não o crédito, constitua a fonte direta do processo de execução.

“Enfim, a tese de Liebman repousa na peculiar ideia de execução como atuação prática da lei contra o devedor, que inadimpliu a obrigação, motivo pelo qual o título porta sanção aplicável ao executado.”¹⁰⁵

Araken de Assis pondera muito bem a crítica que se faz a Liebman, quanto à sua concepção de título executivo como ato jurídico e sanção contra o devedor. Para o processualista gaúcho, esta concepção não é suficiente em explicar a criação do título extrajudicial, pois, neste caso, não haveria muito sentido que o próprio devedor aplicasse sanções a ele mesmo. Ele também cita o caso do contrato de locação que representa um negócio jurídico consensual, que, no entanto, para ser considerado um título extrajudicial, precisará seguir uma determinada forma.¹⁰⁶ Querendo dizer então que, neste caso, prepondera o documento sobre o negócio jurídico realizado (CPC, art. 585, V).

¹⁰² ASSIS, Araken de. Manual de Processo de Execução. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 153.

¹⁰³ GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 110.

¹⁰⁴ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 153; GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 111.

¹⁰⁵ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 153.

¹⁰⁶ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 154.

Vale a pena acrescentar também a crítica de Leonardo Greco à teoria de Liebman, no tocante especificamente à sua concepção de que o processo de execução tem como único pressuposto tão somente o título executivo, independentemente de haver ou não crédito contido nele.¹⁰⁷ Assim, para este mesmo autor, esta concepção de Liebman poderia levar à conclusão de que mesmo inexistindo a dívida, em havendo título, seria legítimo ao credor ajuizar, por exemplo, uma ação de execução, o que seria inaceitável até mesmo em um processo de conhecimento. Ademais, os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, imprescindíveis para a obtenção da tutela executiva, são da obrigação e não do título executivo. Desse modo, é inevitável que o título executivo contenha um crédito. Neste caminho, o atual código de processo civil andou bem ao corrigir o equívoco existente na redação anterior, que atribuía tais requisitos ao título e não à obrigação, por meio da lei 11.382/06 que alterou o dispositivo do art. 580 do CPC.

Vê-se, assim, que a teoria de Carnelutti é adequada para esse caso, todavia, também é problemática, por dar importância demais à forma, de modo a constituir o título, como documento, em uma verdadeira prova do crédito.

No intuito de conciliar ambas as posições, há doutrina que perfilha uma posição dita eclética, quanto à natureza do título executivo. Nessa linha situa-se Salvatore Pugliatti, o qual desmembra o título executivo sob dois pontos de vista, a saber: o substancial e o formal.¹⁰⁸ Sob o ponto de vista formal, segue o entendimento de Carnelutti, prelecionando que a ação executiva depende do documento em que se consubstancia o título. Já sob o ponto de vista substancial, o título mostra-se como fonte imediata e autônoma da ação de execução, teoria defendida por Liebman. Também nesta linha, Leonardo Greco cita Bonsignori.¹⁰⁹ E Araken de Assis cita Micheli.¹¹⁰

Após discorrer acerca dos aspectos gerais da natureza jurídica do título executivo, faz-se necessário, para a sua adequada compreensão, mostrar sua definição. Assim, como ocorre com a sua natureza jurídica, a definição de título executivo deveras não é objeto de consenso doutrinário.

Uma boa definição é a de Alexandre Câmara para quem o título executivo consiste em um “Ato (ou fato) jurídico a quem a lei atribui eficácia executiva, tornando adequada a

¹⁰⁷GRECO, Leonardo.Op. Cit., p. 117.

¹⁰⁸GRECO, Leonardo.Op. Cit., p. 113.

¹⁰⁹GRECO, Leonardo.Op. Cit., p. 113-114.

¹¹⁰ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 155.

utilização da via executiva como forma de fazer atuar a responsabilidade patrimonial”.¹¹¹ Pode-se notar em sua definição que o mesmo processualista pende para a teoria da natureza jurídica de Liebman, já que não concebe o título como documento, mas como ato jurídico. Assim, vale trazer à baila também a definição de Humberto Theodoro Júnior segundo o qual “título executivo é o documento que, dando certeza a determinados créditos, gera para o portador o direito à ação executiva”¹¹² e a de Leonardo Greco que preconiza que “o título executivo é o documento ou é a situação fático-jurídica que, revestidos dos requisitos legais, autorizam a instauração do processo de execução (*nulla executio sine titulo*)”¹¹³.

Há também a definição de Cândido Rangel Dinamarco, que se aproxima bastante da definição de Alexandre Câmara. Para ele, o título executivo “é um ato ou fato jurídico indicado em lei como portador do efeito de tornar adequada a tutela executiva em relação ao preciso direito a que se refere.”¹¹⁴ Segundo o renomado processualista paulista, o título executivo confere probabilidade de existência do crédito, não de certeza, ademais o título tem como escopo fundamental não o de demonstrar que o crédito exista, muito embora esteja contido nela, mas precisamente mostrar, junto com o inadimplemento, que há interesse de agir por parte do credor ao promover a execução.

Vê-se, assim, que mais adequado é conceber o título executivo tanto como ato jurídico tanto como documento, como defende a posição eclética de Pugliatti citada *supra*, isto porque o próprio código de processo civil, em seu art. 585, ora dá ênfase ao documento, como ocorre com os títulos de crédito (inciso I), ora ao ato jurídico em sentido *lato*, abrangendo os negócios jurídicos, tais como, por exemplo, os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida (inciso II), ao enumerar os títulos executivos extrajudiciais. Além disso, uma definição nesse sentido concilia as visões tanto de Liebman quanto de Carnelutti.

Explicitadas algumas definições referentes ao título executivo, pode-se notar nelas um traço em comum, qual seja, o de que o título é essencial para a instauração da execução. Assim sendo, como não há no artigo 580 do Código de Processo Civil uma explanação sobre a natureza da relação entre o título executivo e a tutela de execução, há autores que entendem

¹¹¹CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, vol II. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 178 apud HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. A Execução civil. 2 ed. Niterói: Impetus, 2011.

¹¹²THEODORO JR, Humberto. Processo de Execução. Livraria e Editora Universitária de Diireito. 19 ed. São Paulo, 1999 apud GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 114.

¹¹³GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 103.

¹¹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 207.

ser o título executivo um pressuposto de desenvolvimento válido do processo¹¹⁵, enquanto outros o concebem como condição da ação, inserindo-se no campo do interesse de agir.¹¹⁶ Dinamarco explicita que fulcrada esta condição da ação no binômio necessidade-adequação, o inadimplemento está para a necessidade, enquanto o título executivo está para a adequação da vis executiva.¹¹⁷

Embora não haja consenso doutrinário, como já discutido, sobre a definição de título executivo, é patente que o mesmo deva conter uma obrigação, até mesmo porque o artigo 580 do CPC preleciona que o título executivo consubstancia obrigação certa, líquida e exigível para que se permita a instauração da execução.

Neste diapasão, é possível inferir que os requisitos da obrigação, que devem estar presentes no título executivo, são três, a saber: a certeza, a liquidez e a exigibilidade. A certeza traduz-se no *an debeat*, ou seja, na existência do crédito, da própria obrigação que pode ser de três tipos: de fazer, não fazer e de dar. A liquidez diz respeito ao *quantum debeat*, ou seja, consiste na qualificação da obrigação ora existente. Melhor explicando, está diretamente ligada à individuação do objeto da obrigação, exatamente no que consistirá o fazer, o não fazer, que coisa deverá ser entregue e o quanto dever-se-á pagar. Por derradeiro, a exigibilidade¹¹⁸ concerne no poder do credor de acionar o poder judiciário para que este, por meio do juiz, adote medidas materiais de invasão ao patrimônio do devedor, a fim de ver cumprida a prestação devida pelo mesmo ao credor, por haver inexistência de impedimento à eficácia atual do crédito. É necessário frisar que a exigibilidade nasce com o inadimplemento, ademais deverá haver ausência de termo ou condição, já que ao credor não é legítimo que se

¹¹⁵ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 8 ed. 2002. São Paulo: RT, PP. 141-142 apud HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. A Execução civil. 2 ed. Niterói: Impetus, 2011.

¹¹⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, vol II. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 179 apud HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. A Execução civil. 2 ed. Niterói: Impetus, 2011.

¹¹⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 214.

¹¹⁸A exigibilidade está estreitamente ligada ao conceito de responsabilidade. Na teoria geral das obrigações, há polêmica no consentâneo em dividir o vínculo obrigacional em dois fatores, a saber: o débito e a responsabilidade. Para quem admite tal divisão, é adepto da teoria dualista das obrigações. Para quem não admite, vincula-se à teoria unitária das obrigações. O problema não é simples e neste trabalho uma exposição mais detida não seria cabível. Mas, em termos gerais, pode-se dizer que alguns processualistas combatem a tese da teoria dualista, não por negarem a responsabilidade, mas por a inserirem no campo do direito processual e não no do direito material. Nesta linha, o ilustre civilista Caio Mário cita Carnelutti, Brunetti e Liebman, vide em PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, editora forense, 2010, p. 27. Desse modo, para tais processualistas, a responsabilidade seria conceito de direito processual, assim o vínculo jurídico obrigacional se cingiria ao débito. Para fins didáticos, consideraremos a teoria dualista como a mais adequada, muito embora para uma melhor compreensão da responsabilidade, faz-se necessário compreendê-la tanto sob o viés processual quanto sob o material. Neste caminho, vale a pena conferir a doutrina de FONTES, André. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p.45-49 que de forma magistral e com grande desenvoltura propõe uma linha conciliatória, subdividindo a responsabilidade em patrimonial e processual. Sustentando-se em Salvatore Pugliatti, o autor objetiva firmar a teoria dualista, de modo que a responsabilidade é tanto de ordem material quanto de ordem processual, ou seja, uma não exclui a outra.

utilize de medidas de força estatais, de modo a invadir o patrimônio do devedor, no intuito de ver prestada a obrigação, se nem mesmo o devedor ainda não descumpriu a obrigação, bem como se não era possível ainda a este cumprir a obrigação, por existir algum termo ou condição a ser implementado.

Muito embora o título executivo deva conter uma obrigação certa, líquida e exigível, deve-se fazer a ressalva de que a função do mesmo não é provar que o crédito exista, até mesmo porque o título se justifica por denotar um caráter abstrato, ou seja, autoriza que o credor proponha a execução forçada contra o devedor, de modo que o magistrado, ao analisar o título e o mesmo preencher os requisitos que lhe são exigidos na lei processual e a dívida for exigível, possa deferir a citação ou a intimação do devedor para pagar ou promover medidas de constrição no patrimônio deste, a fim de ver satisfeito o crédito. Desse modo, não importa que o crédito realmente exista ou não, basta que formalmente exista no título, até que o contrário se prove, por meio de impugnação, embargos ou mesmo exceção de pré-executividade. Não oferecido nenhum meio de defesa, presumir-se-á que o crédito de fato existe e que, portanto, os atos de execução são inteiramente legítimos.

[...] Diz-se portanto *abstracta* a eficácia executiva dos títulos (Liebman) nesse sistema em que as defesas do executado são eventuais e em princípio dependentes da oposição de uma resistência formal caracterizada pela impugnação ou pelos embargos à execução; se os embargos ou a impugnação não forem opostos, a execução prosseguirá até ao fim, com a satisfação do credor, sem que o juiz se pronuncie sobre existir ou não a relação jurídico-material em razão da qual é feita.¹¹⁹

Feitas as considerações a respeito dos requisitos da obrigação contida no título (certeza, liquidez, exigibilidade), é preciso expor que a obrigação decompõe-se em três elementos: sujeito, objeto e vínculo jurídico. O sujeito corresponde à figura do credor (sujeito ativo) e do devedor (sujeito passivo), o objeto é uma prestação que deve ser cumprida pelo devedor, seja de fazer, não fazer, dar coisa ou pagar. Já o vínculo jurídico traz aquela noção de liame, de laço entre o credor e o devedor. Caio Mário preleciona que é no vínculo obrigacional onde reside a essência abstrata da obrigação. Segundo o insigne civilista, o vínculo denota o “poder criador de um liame por cujo desate o indivíduo respondia outrora com a sua pessoa e hoje com seu patrimônio”¹²⁰.

Desse modo, o vínculo se subdivide em débito (*shuld*) e responsabilidade (*haftung*), consoante a teoria dualista das obrigações. O débito consiste justamente no dever do sujeito

¹¹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215.

¹²⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

passivo em realizar a prestação para com o sujeito ativo. “Fundamentalmente traduz o dever jurídico que impõe ao devedor um pagamento, e que se extingue se esta prestação é executada espontaneamente”¹²¹.

Por outro lado, a responsabilidade ou garantia, como também é denominada, consiste no direito que possui o sujeito ativo de reclamar do sujeito passivo a prestação, através da força estatal, a fim de ver cumprida a obrigação não prestada espontaneamente. Assim, pode-se coligir que a responsabilidade reforça o vínculo obrigacional, no entanto mostra-se em estado latente, podendo até mesmo não surgir, se o devedor cumprir espontaneamente a obrigação. O credor necessitará da força cogente do estado, visto que é vedada, em regra, no direito brasileiro, a autotutela para a satisfação forçada da obrigação. É aí que entra em cena a execução, que consiste em medidas materiais de invasão ao patrimônio do devedor para a satisfação do crédito. É por isso que o título executivo deve conter obrigação também exigível, do contrário faltaria interesse de agir do credor em promover a execução forçada. A mesma não se justificaria, ademais seria desnecessária.

3.2 Meios de defesa do executado

Visto no subitem anterior o título executivo e a sua importância para a tutela de execução, neste subitem, far-se-á uma exposição sumária acerca dos meios de defesa existentes na execução. Sendo assim, algumas considerações hão de ser feitas antes de adentrarmos especificamente neste assunto.

No atual Código de Processo Civil, com a Lei 11.232/05, foram alteradas e acrescidas algumas disposições acerca da tutela de execução, de modo que para os títulos executivos judiciais, ou seja, para as sentenças que, de um modo geral, reconheçam o direito do credor a uma determinada prestação por parte do devedor (CPC, art. 475-N), não há mais a necessidade de se ajuizar uma nova ação para se instaurar um processo de execução. Assim, esgotada a fase cognitiva no processo, com a prolação da sentença, caso a obrigação já certa ainda não seja líquida, passa-se para a fase de liquidação, disciplinada em capítulo próprio (art. 475-A e ss). Conferida certeza e liquidez à sentença e obviamente sendo a mesma exequível, inaugura-se, finalmente, a fase executiva, denominada de cumprimento de sentença, também objeto de capítulo próprio no Código de Processo Civil (art. 475-I e ss).

¹²¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 25.

Para os títulos executivos extrajudiciais, que são os atos ou documentos aos quais a lei atribui eficácia executiva, enumerados no art. 585 do CPC, faz-se necessário ajuizar uma ação, no intuito de buscar a tutela executiva. A partir daí, haverá o estabelecimento de uma relação triangular processual (partes e juiz), por meio de um processo destinado a empreender tão somente atos executivos com vistas à satisfação forçada da pretensão de credor, qual seja, ver cumprida a obrigação do devedor, legitimando-se medidas de invasão ao patrimônio do mesmo.

Seja em uma fase, seja em um novo processo, a execução, por se caracterizar como um meio coativo contra o devedor, a fim de ver satisfeita a pretensão do credor, deve assegurar àquele que tais medidas executivas sejam realizadas dentro dos limites do razoável, o suficiente para ver cumprida a obrigação. Assim sendo, se a execução for excessiva, se o título executivo, judicial ou extrajudicial, não detiver os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação, ou for o mesmo falso ou apresentar inconsistências, no caso dos extrajudiciais, é lícito ao devedor, em nome das garantias do contraditório e da ampla defesa, insculpidas no inciso LV do art. 5º da Constituição da República, que constituem inclusive cláusula pétrea (art. 60, IV, CRFB), apresentar defesa, de forma a impugnar qualquer ato e até mesmo o processo executivo, demonstrando ser ilegítima e, por conseguinte, injusta qualquer forma de invasão ao seu patrimônio fora dos limites do razoável ou em não havendo justificativa para tal, justamente se não houver obrigação ou se a mesma puder ser ainda cumprida espontaneamente pelo devedor.

Nesse caminho, como bem assinala Cândido Rangel Dinamarco¹²², o título executivo confere uma probabilidade de existência de crédito, no entanto deixa claro que uma probabilidade não corresponde a uma certeza. Assim, mesmo que o título legitime o credor a empreender atos executivos, por meio do poder judiciário, no patrimônio do devedor, visando à execução forçada de seu crédito, nada impede que este título contenha formalmente um crédito que materialmente não exista. É por este motivo que é permitido ao executado oferecer meios de defesa, ainda que a execução já esteja sendo processada, para evitar uma execução injusta, sem propósito de existir.

Desse modo, no consentâneo aos títulos executivos judiciais, na fase de cumprimento de sentença, a defesa típica do devedor é a impugnação (art. 475-J, §1º; art.475-L, art. 475-M, CPC). Já no que diz respeito aos títulos executivos extrajudiciais, no processo de execução autônomo, o meio de defesa típico são os embargos do devedor (Título III, art. 736 e ss,

¹²²DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210.

CPC). Assim, os meios de defesa na execução previstos expressamente em lei são a impugnação e os embargos do devedor. Há ainda mais um meio de defesa não previsto no código de processo civil, fruto, na verdade, de uma construção doutrinária deflagrada inicialmente pelo ilustre doutrinador Pontes de Miranda e consolidada jurisprudencialmente, mas que até hoje não foi objeto de uma disciplina própria no código ou em outra lei extravagante. Trata-se da exceção de pré-executividade, cuja denominação e as matérias as quais nela podem ser alegadas não são dotadas de consenso doutrinário. Como ela é demasiadamente importante para o escopo deste trabalho, já que o mesmo destina-se a fazer um estudo mais seguro sobre a possibilidade ou não de haver ação rescisória em decisão prolatada em sede de exceção de pré-executividade, este meio de defesa será objeto de estudo próprio no capítulo seguinte. No entanto, não podemos deixar de citar a exceção de pré-executividade como sendo também um meio de defesa muito utilizado na execução.

A impugnação é o meio de defesa do executado em execução de pagar quantia certa na fase de cumprimento de sentença. O rol de matérias, que podem ser alegadas neste meio de defesa, está previsto no art. 475-L do CPC e é *numerus clausus*, ou seja, é exaustivo, com exceção do inciso VI do mesmo art. 475-L, já que a sua redação deixa de modo bem claro que pode ser alegada qualquer causa impeditiva ou extintiva da obrigação.

Há polêmica no concernente à natureza jurídica da impugnação, pois ora pensa-se nela como ação incidental, ora como incidente processual. No entanto, para a doutrina majoritária, entende-se melhor classificá-la como um incidente processual. Visto que não faria muito sentido que na fase de cumprimento de sentença, que transformou a execução de títulos judiciais, em regra, em uma mera fase processual, existisse um meio de defesa que inauguraria um novo processo, a partir de uma nova ação. Isto constituiria um retrocesso ao sincretismo processual tão reverenciado com a recente reforma da tutela de execução no CPC.

Os embargos do devedor consistem no meio de defesa típico da execução de título extrajudicial, que, em regra, constitui um novo processo. Vale a pena inferir que, diferentemente da impugnação, não há dúvidas de que os embargos detêm a natureza de uma ação autônoma constitutiva¹²³, ou seja, destina-se à “desconstituição da relação processual da

¹²³ Nesse sentido, cite-se alguns doutrinadores: ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1166; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 368; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Processo Civil Brasileiro, p. 288. SANTOS; Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 438-439. Alexandre Câmara esclarece que há, no entanto, um autor catarinense, Haroldo Pabst, que compreende os embargos do executado como possuindo a natureza de defesa no processo de execução e não de ação autônoma. Assim, o autor menciona a sua obra PABST, Haroldo, Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor. São Paulo: RT, 1986, p. 137.

execução ou da eficácia do título executivo”¹²⁴, instaurando uma nova relação jurídica processual em que o embargante é o devedor e o embargado é o credor. Essa é inclusive a opção do atual código de processo civil, já que em seu art. 736, no parágrafo único, preleciona que os autos dos embargos à execução serão distribuídos por dependência e autuados em apartado aos autos do processo executivo. Nota-se, assim, o intuito de separar o processo de execução do processo de embargos. É bem verdade afirmar também que o processo de embargos somente se instaura após já existir um processo executivo, por isso caracteriza-se como uma ação constitutiva incidental.

Na fase de execução de sentença, faz-se necessário a prévia garantia do juízo para que o executado tenha o direito à impugnação, conforme se extrai, implicitamente, a intenção da lei no art. 475-L, §1º do CPC, porquanto, segundo o mesmo, a impugnação pode ser oferecida no prazo de quinze dias, contados da intimação do auto de penhora e avaliação. De maneira diferente, os embargos à execução regidos pelo CPC, graças à reforma empreendida pela lei 11.382/06, que alterou o *caput* do art. 736 do CPC, desvinculou a necessidade de prévia penhora, depósito ou caução, ou seja, de prévia garantia do juízo, para que o executado possa se opor à execução por meio de embargos. O mesmo não acontece para a oposição de embargos à execução fiscal, já que consta expressamente no art. 16 da Lei 6830/80 que não são admissíveis embargos do executado antes que a execução seja garantida.

Embora, atualmente, se dispense a prévia garantia do juízo para a oposição de embargos à execução de título extrajudicial regido pelo CPC, se se atribísse efeito suspensivo à execução com a mera oposição de tais embargos, o credor, ora embargado, seria por demais prejudicado em detrimento do devedor, que não teve ainda a sua demanda julgada, bem como não sabe se possui realmente razão, podendo opor embargos com o intuito meramente protelatório. Assim, para conferir proteção ao credor, que inclusive é o detentor de um título executivo, que, como se viu em subitem anterior deste capítulo, é uma garantia que o próprio devedor tem e que atribuirá legitimidade ao credor para promover a execução forçada, o próprio código de processo civil, também com a Lei 11382/06, retirou o efeito suspensivo imediato dos embargos do executado (art. 739-A, CPC). Destarte, o efeito suspensivo somente poderá ser atribuído pelo juiz, caso haja garantia, bem como sejam relevantes os argumentos levantados pelo embargante e o mesmo comprove que o prosseguimento da execução poderá acarretar grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 739-A, §1º, CPC). Querendo dizer, pois, *grosso modo*, que além da garantia, o executado

¹²⁴SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 439. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 26, nota de rodapé.

deverá apresentar os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para que os embargos tenham efeito suspensivo.

3.3 Sentença de mérito e coisa julgada material na execução

Como já visto neste capítulo, quando se discutiu sobre o título executivo e a sua relação com a tutela de execução, pode-se notar que a tutela de execução possui um papel distinto da tutela de conhecimento, isto porque, diferentemente desta, a fase ou o processo de execução não se destina a discutir precipuamente uma lide entre autor e réu, porquanto não há “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” que consiste justamente no conceito de lide atribuído por Carnelutti, pois a pretensão do credor já está presumivelmente definida por meio do título executivo. Deste modo, o intuito da execução é o de meramente empreender atos de sub-rogação e de coerção contra o executado, a fim de satisfazer a pretensão do exequente, qual seja, o cumprimento da obrigação por parte do executado.

Portanto, podemos dizer, de antemão, que a execução possui um mérito que corresponde exatamente a esta pretensão do credor, no entanto não se destina à sua apreciação, ou seja, o seu escopo não é, em princípio, o de questionar o direito subjetivo ao crédito do credor para com o devedor. Presume-se que ele o possui com o título executivo, ademais este junto com o inadimplemento do devedor, torna útil, como dito anteriormente, a própria execução forçada.

Sendo assim, é possível afirmar que a sentença na execução exerce um papel diferente da sentença no processo de conhecimento. O próprio código de processo civil deixa claro isso, já que explicita, em seu artigo 795, que a extinção da execução só produz efeito quando declarada por sentença. Esta definição de sentença é diferente da definição exposta no artigo 162, § 1º do mesmo código, pois este preleciona que a sentença realiza ou não um julgamento de mérito, conforme as hipóteses do artigo 267 ou 269. Vê-se, assim, que a definição do artigo 795 não menciona a palavra “mérito”, mostrando, na verdade, que a sentença na execução tem como objetivo, única e exclusivamente, o de extingui-la. Nessa esteira, Cândido Dinamarco explicita que não seria adequado estabelecer, na execução, uma contraposição entre sentença que extingue o processo “com ou sem resolução do mérito”. Melhor seria dizer

que a sentença, em execução, extingue o processo “com ou sem satisfação do credor”, já que é essa satisfação que consiste a tutela executiva.¹²⁵

É necessário afirmar que, na execução, a sentença possui um caráter eminentemente declaratório. O que quer dizer, na maior das vezes, que a situação que faz extinguir a execução é preexistente à sentença. Assim, a sentença, como formalmente extingue a execução, deve declarar esta situação preexistente que ensejou a extinção do processo executivo. Melhor explicitando, recorre-se ao seguinte exemplo: em uma execução de título de crédito, quando há a situação de pagamento da dívida de crédito cambiário, em grande parte das vezes, o exequente ou o executado, nesse caso, procedendo-se à vista do exequente, informa ao poder judiciário, nos autos do processo de execução, que a dívida restou-se quitada, e o juiz, por sentença, baseando-se em tal informação, extingue o processo, alegando já estar cumprida a prestação que cabia ao executado. Dessa maneira, nota-se que a situação de pagamento total da dívida, acrescida de juros e correção monetária, encaixa-se perfeitamente na hipótese de extinção da execução prevista no artigo 794, I do CPC, a saber, quando o devedor satisfaz a obrigação. Entretanto, somente com a sentença que o processo restar-se-á verdadeiramente extinto em decorrência do pagamento, ou seja, a sentença é que declara tal situação, para fins de extinção do processo.

O artigo 794 do CPC enumera as hipóteses ou situações nas quais a execução é extinta. No inciso I, resta-se caracterizado o fim da tutela executiva em sua plenitude, que consiste na satisfação da obrigação pelo devedor. É para isso que é precisamente instaurada a fase ou o processo de execução. O inciso II diz respeito às hipóteses de transação ou remissão da dívida por parte do credor. A transação refere-se à prevenção ou extinção de litígios por meio de concessões mútuas dos interessados (art.840 do Código Civil), já a remissão traduz-se no perdão da dívida feito ao devedor. Humberto Theodoro Jr faz uma interpretação extensiva da palavra “remissão” nesse inciso. Para o mesmo processualista, o código o incluiu também para abranger hipóteses que consistem em meios extintivos anômalos ou indiretos das obrigações, tais como a compensação, a novação, a confusão, a dação em pagamento, entre outros.¹²⁶ O inciso III prevê a hipótese de renúncia ao crédito por parte do credor, querendo dizer, pois, que o credor renuncia ao seu direito de crédito para com o devedor. O mesmo processualista, citado linhas acima, critica tal inciso, pois entende que o mesmo já está

¹²⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 931.

¹²⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 481.

abrangido na hipótese enumerada no inciso II, porquanto, para ele, a renúncia ao direito de crédito realizada pelo credor não deixa de ser uma remissão da dívida.¹²⁷

É bem verdade inferir que este artigo 794 não previu todas as hipóteses de extinção da execução. Assim, não previu a hipótese de desistência da execução que é, inclusive, faculdade do credor prevista no art. 569 do CPC, a de procedência dos embargos ou de outro meio de defesa incidente ao processo de execução, bem como a de extinção da execução por faltar pressupostos processuais ou condições da ação. Muito embora, neste último caso, já exista previsão no código de extinção do processo, que constituem hipóteses de extinção do processo de conhecimento sem resolução de mérito (art. 267, IV e VI do CPC), aplicáveis ao processo de execução (art. 597 do CPC), é importante observar que a aplicação do art. 267 à execução não é de todo adequada, pois, conforme visto *supra*, no processo de execução não se realiza uma apreciação de mérito. Não é para isso que se destina a tutela executiva. Destarte, soa um pouco estranho que a execução extinga-se sem resolução do mérito, por falta das condições da ação, por exemplo, se nem à resolução de mérito ela é destinada. A despeito desta crítica, em havendo lacuna, não resta alternativa ao juiz senão aplicar analogicamente o art. 267 do CPC ao processo de execução.

No consentâneo à coisa julgada material, é preciso expor que ordinariamente ela não se forma quando do encerramento por sentença da execução com o trânsito em julgado. Isso se deve justamente por não ser escopo da tutela executiva a apreciação de mérito, como o é na tutela de conhecimento. Sendo assim, as características da indiscutibilidade e da imutabilidade da sentença transitada em julgado sinalizadoras da existência da coisa julgada material, impeditiva, em sua eficácia negativa, de um novo ajuizamento da mesma ação, não se fazem presentes no processo de execução. Visto que, se não há uma lide a ser resolvida entre autor e réu, por meio do juiz, no processo de execução, não faz sentido algum que haja um mecanismo processual, neste mesmo processo, como revestir a sentença transitada em julgado da autoridade da coisa julgada material, que negue à parte a possibilidade de um novo ajuizamento da mesma ação, no intuito de rediscutir a lide já objeto de tutela jurisdicional no processo anterior. O que quer dizer, em breves palavras, que a coisa julgada material na execução seria de todo inócua.

Embora tal assertiva, não podemos olvidar que há um mérito na tutela executiva, não destinada à sua apreciação, mas à sua realização material, a saber: a satisfação do crédito pelo devedor. Daí, alguns poderiam questionar: Se a tutela de execução destina-se à satisfação da

¹²⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 481.

obrigação, e se não há formação da coisa julgada material com a sentença que extingue a execução, nada impediria ao credor ajuizar novamente uma ação de execução contra o devedor e cobrar novamente a obrigação satisfeita, o que seria algo impensável e contraproducente! Nesse caminho, é interessante a solução ministrada por Araken de Assis, para quem não se faz necessário que a sentença de execução revista-se da coisa julgada material, para evitar que o credor reajuíze ação de execução de obrigação já cumprida. Para evitar tal tentativa esdrúxula do credor, basta escorar-se no princípio do *ne bis in idem*. Assim, segue o seu magistério.

No tocante à dupla execução provocada pelo credor aventureiro, revela-se inócua a alegação de eficácia de coisa julgada proveniente do primeiro processo já extinto. Rejeitar-se-á a tentativa exorbitante com fundamento no princípio *ne bis in idem*, pois o sistema processual é infenso à reiteração inútil e abusiva do que se consumou satisfatoriamente. Este obstáculo não se funda na coisa julgada, de resto instituto inaplicável à demanda executória.¹²⁸

Em um ponto de vista parecido com o de Araken, mostra-se Humberto Theodoro Jr que, inadmitindo a coisa julgada material em sentença extintiva de execução, justifica a possibilidade de o devedor ajuizar ação de repetição do indébito, com base no art. 876 do Código Civil, quando o processo de execução, mesmo já extinto, tiver sido ajuizado com fundamento em título ilegítimo, no fato de que o resultado da execução equivale ao pagamento voluntário da obrigação pelo devedor. Desse modo, a perfeição e eficácia da extinção da execução subordinam-se aos mesmos princípios da validade do pagamento.¹²⁹

Uma outra justificativa plausível para a afirmação de que inexistente coisa julgada material na execução diz respeito ao fato de que nela faltaria cognição suficiente a desencadear a formação de coisa julgada material. Obviamente, tal falta de cognição está imbricada à inexistência de lide no processo de execução, em regra. Outrossim, como visto no capítulo 2 deste trabalho, quando discutiu-se especificamente sobre cognição (item 2.4), mostrou-se que a mesma, na tutela executiva, é rarefeita, tênue, eventual.¹³⁰

¹²⁸ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 454.

¹²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 484.

¹³⁰ WATANABE, Kazuo. Cognição no Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127. Apesar disso, é errôneo inferir que inexistente, por completo, cognição no processo de execução. Assim entende o ilustre jurista Pontes de Miranda (vide em PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t.1, p.94-95 *apud* WATANABE, Kazuo, op. Cit., p. 118) que, inclusive, foi o doutrinador responsável por criar um meio de defesa do devedor dentro do próprio processo de execução, capaz de inserir cognição nele, denominado de Exceção de Pré-Executividade que, devido à sua importância neste trabalho, lhe será destinado um estudo em capítulo próprio, como mais adiante se verá. Também entende haver um mínimo de cognição no processo executivo Cândido Dinamarco para quem “O juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução – seja acerca dos pressupostos processuais, das condições da

Neste diapasão, segundo Araken de Assis, “o provimento extintivo da demanda executória, porque o devedor satisfaz a obrigação (art. 794, I), não exhibe carga declaratória suficiente para redundar na indiscutibilidade do art. 467.[...]”¹³¹ Vale a pena trazer à baila que este processualista gaúcho é contra a existência de coisa julgada material na execução até mesmo porque se a mesma existisse não se explicaria o porquê da possibilidade de haver o desfazimento da arrematação por meio de ação anulatória¹³², ademais está de acordo com o raciocínio de que falta à execução cognição suficiente a desencadear a formação da coisa julgada material, porquanto não há julgamento acerca da existência do crédito.¹³³

Há, no entanto, doutrina que perfilha a existência de coisa julgada material na execução, como é de lavra de Edson Ribas Malachini que, escorando-se no renomado processualista José Frederico Marques, expõe que, nas hipóteses do art. 794, é o órgão judiciário que extingue a obrigação, por isso que, nesses casos, formar-se-á a coisa julgada material.¹³⁴ Também é a favor da coisa julgada material na execução Theresa Alvim, conforme a seguir preconiza.

Todavia, tratando-se de sentença que extingue a execução, porque o devedor satisfaz a obrigação, por o devedor obter, mediante transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida ou por o credor ter renunciado ao crédito, inegavelmente, ficará ela abrangida pela imutabilidade própria da coisa julgada.¹³⁵

Muito embora seja mais adequado afirmar que não há coisa julgada material na execução, justo porque não se destina ela a resolver uma lide, mas sim a empreender atos materiais de execução no intuito de ver satisfeito o crédito do credor, é necessário afirmar que mesmo que a obrigação presuma-se, no título executivo, certa, líquida e exigível, conforme exposto já neste capítulo, é possível que o devedor insira cognição ao processo executivo, quando o meio de defesa for utilizado no próprio processo executivo. É o que acontece com a exceção de pré-executividade que constitui em meio de defesa atípico da execução que se materializa em uma petição juntada aos próprios autos da execução. A própria impugnação, que é meio de defesa típico em fase de cumprimento de sentença, se for deferido o efeito suspensivo, será instruída e decidida nos próprios autos do processo (art. 475-M, §2º, CPC).

ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos a levar a efeito.” (vide em DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973 apud WATANABE, Kazuo, op. Cit., p.118).

¹³¹ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 452-453.

¹³² Idem, p.453.

¹³³ Ibidem, p.454.

¹³⁴ MALACHINI, Edson Ribas. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 10, p.89-108 apud ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 453.

¹³⁵ ALVIM, Theresa. “Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória”. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1985, n.39, p.15.

Em sendo assim, havendo cognição exauriente, apta a resolver uma lide em torno da pretensão do exequente, que de início não existia, pode-se perfeitamente cogitar na formação da coisa julgada material quando do proferimento de sentença extintiva da execução de modo anômalo e, conseqüentemente, na possibilidade de a mesma decisão ser objeto de ação rescisória. É o que se discutirá com mais profundidade na conclusão deste trabalho, quando o executado opor, nos autos da execução, uma exceção de pré-executividade. Mas, desde já, faça-se o registro, ainda que breve, de que poderá sim haver cognição na execução quando houver oposição de algum meio de defesa na própria execução.

No que se refere à oposição de embargos à execução que se caracteriza como uma ação autônoma incidental à execução de título extrajudicial, por ser genuinamente uma ação de conhecimento, destinada à produção de quaisquer provas admitidas em direito, a fim de julgar improcedente a pretensão do credor, admite-se claramente a formação da coisa julgada material. Desse modo, havendo sua procedência, e, com base nela, o juiz extinguir a execução, não será mais possível, ao exequente, ora credor, reajuizar ação de execução, se pensarmos na execução de título extrajudicial, contra o mesmo devedor fundada na pretensão objeto desses embargos. Do contrário, deveras pode acontecer, qual seja, julgado o pedido na ação de embargos improcedente, declarando ser o título legítimo e, assim, o embargante realmente devedor do crédito, não será a ele possível ajuizar ação de repetição de indébito com base nesta mesma dívida, devido à indiscutibilidade e imutabilidade que se revestem a sentença nos embargos. Corroborando tal tese, segue ensinamento de lavra de Humberto Theodoro Júnior.

[...]

Só não se poderá mais discutir o pagamento executivo quando a matéria de legitimidade da dívida houver sido debatida em embargos, porque aí a sentença da ação incidental será de mérito e, como tal, fará coisa julgada material (art. 467), tornando imutável e indiscutível a solução dada à lide e às questões apreciadas (art. 468).¹³⁶

¹³⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 484.

4 DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade é um meio de defesa na execução atípico, como já explicitado no capítulo 3, no subitem dos meios de defesa do executado. É atípico, pois não há previsão expressa no ordenamento jurídico processual brasileiro, sendo, na verdade, fruto de uma construção doutrinária, empreendida inicialmente por nada menos que o grande jurista Pontes de Miranda e posteriormente desenvolvida por outros autores e, inclusive, pela jurisprudência, principalmente, nos últimos anos.

Como dito, foi Pontes de Miranda quem discutiu expressamente, pela primeira vez, acerca da exceção de pré-executividade, não utilizando este termo literalmente, mas explicando a sua possibilidade como meio de oposição dentro da execução.

Tal explicação deu-se em parecer elaborado por esse jurista sob o título “sobre pedidos de decretação de abertura de falência, baseados em títulos falsos, e de ação executiva em que a falsidade dos títulos afasta tratar-se de dívida certa.” Tal parecer encontra-se na quarta série da coleção de livros chamada “Dez Anos de Pareceres”. É, precisamente, o parecer 95.

A sua consulta foi suscitada pela Companhia Siderúrgica Mannesmann que sofreu em Belo Horizonte e, posteriormente, no Rio de Janeiro pedidos de abertura de processo de falência baseados em títulos falsos. Mesmo com tais pedidos restando-se frustrados, ainda assim foram ajuizadas várias ações executivas pelos seus credores também fundadas em títulos falsos. No entanto, em uma dessas ações, intentada no Rio de Janeiro, a Companhia foi citada e, no prazo de vinte e quatro horas, que era o prazo disposto no art. 299 do antigo CPC de 1939 (era o CPC que vigia quando da feitura deste parecer) para que o executado citado pagasse sob pena de penhora, requereu a decretação da nulidade dessa citação, argumentando que os títulos seriam falsos. Tal questão suscitada não havia ainda sido decidida pelo Juiz.¹³⁷

O objetivo neste capítulo não é exaurir as controvérsias, que são inúmeras, relacionadas à exceção de pré-executividade. Mais precisamente, tentar-se-á fazer uma abordagem dos principais pontos que circundam este meio de defesa para que se possa melhor compreendê-lo e encontrar argumentos que possam nos subsidiar quando discutirmos expressamente, no próximo capítulo, se a decisão proferida em exceção de pré-executividade extintiva da execução poderá ser de mérito e se revestir da autoridade da coisa julgada material.

¹³⁷PONTES DE MIRANDA. Dez Anos de Pareceres. 4a série. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A, 1975, p. 126.

Mas, antes do famigerado parecer, é possível constatar que, bem antes na história, houve na legislação brasileira disposição expressa sobre esse instrumento de defesa. Primeiro, o Decreto Imperial n. 9885 de 1888 e posteriormente o Decreto n. 848 de 1890 que dizia respeito à Organização da Justiça Federal. Assim, tal decreto estabelecia para o processo de execução fiscal, que:

“Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta (...)” Eis aí a defesa sem embargos, sem garantia do juízo. Ainda o art. 201 admitia que: “A matéria da defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova da quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida (...)”, hipóteses essa que admitimos, como se verá adiante, como defesas intra-execução, sem embargos.¹³⁸

Vale destacar também o Decreto n. 5225, de 31 de dezembro de 1932, do Estado do Rio Grande do Sul que instituiu um instrumento de defesa na própria execução denominado de “exceção de impropriedade do meio executivo”.¹³⁹

Vê-se, com tais disposições, que é errôneo inferir que jamais houve regulamentação legislativa deste meio de defesa e que sua criação deu-se tão simplesmente com a elaboração do parecer de lavra de Pontes de Miranda.

A importância desse parecer deveu-se, em verdade, à clara exposição desse jurista, pela primeira vez na história do direito processual, da possibilidade deste meio de oposição à execução, mesmo não havendo disposição legislativa para tanto no ano de 1966, ano este em que o parecer foi elaborado. Indubitavelmente, este parecer foi o estopim para a verdadeira utilização da exceção de pré-executividade como alternativa de defesa na execução sem a necessidade de garantia.

“Chamado a opinar, Pontes de Miranda, no memorável parecer, trouxe à luz considerações que até hoje sustentam o acolhimento pelos tribunais brasileiros da exceção de pré-executividade, bem como o uso cada vez mais comum entre os operadores do direito.”¹⁴⁰

A questão que ronda em torno da admissibilidade de defesa no próprio processo de execução por Pontes de Miranda se refere precipuamente ao absurdo que seria em se atribuir ao juiz o poder de executar sem dar chance à pessoa, contra quem será expedido mandado de penhora, de alegar a falta de pressupostos para a executividade do título, como por exemplo, em caso de títulos falsos ou despidos de eficácia (assinado por outrem que tem o mesmo

¹³⁸MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do Executado: Exceção de Pré-executividade. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23.

¹³⁹Idem.

¹⁴⁰SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.1.

nome ou assinado em nome do demandado, sem que tivesse o subscritor poderes de apresentação ou de representação).¹⁴¹ Destarte, para Pontes de Miranda, a garantia, seja em forma de penhora, seja em forma de depósito, tão somente necessitar-se-ia para a oposição de embargos do executado. Todavia, para a oposição das exceções e preliminares relacionadas à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença tal garantia não seria um requisito necessário.¹⁴²

Com relação ao momento de oposição dessa exceção, Pontes de Miranda perfilha uma posição, digamos, peculiar. Segundo o mesmo, o que é declarável de ofício pelo juiz, portanto o que é objeto deste meio de defesa na execução, somente poderá ser suscitado entre o seu despacho e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora. Dessa forma, o executado deveria atentar para o prazo do art. 299 do CPC de 39, de modo que seriam nessas vinte e quatro horas que ele deveria opor essa exceção, a fim de que o juiz decidisse nela antes de haver a expedição de mandado de penhora.¹⁴³ Ele alega também a possibilidade de oposição da exceção no momento em que o executado souber da remessa da petição ou do ato de distribuição. Desse modo, antes mesmo da própria feitura do despacho, poderia o executado alegar ao juiz que esse mesmo despacho, se proferido, seria injusto.¹⁴⁴

Por derradeiro, vale extrair ainda do parecer do ilustre jurista que para ele a defesa do executado não se resume aos embargos do executado, assim, é plenamente admissível a oposição de todas as exceções processuais pelo réu ou executado.¹⁴⁵

Um doutrinador que criticou veementemente a possibilidade de se opor exceção de pré-executividade foi Alcides de Mendonça Lima. Para tanto, foi consultado pela empresa COPERSUCAR e, assim, elaborou um parecer a seu favor em que a mesma figurava no polo ativo de um processo executivo cuja ação foi ajuizada em face da Central Paulista de Açúcar e do Alcool e seus sócios. O título executivo se referia a três notas promissórias, que se constituíram em objeto de garantia de um contrato acordado entre ambas as partes.¹⁴⁶ A COPERSUCAR alegava a exigibilidade de tais títulos, já que vencidos antecipadamente por causa da cláusula contratual. Por sua vez, a outra parte alegava que tais títulos não poderiam ser objeto da ação de execução.

¹⁴¹PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 131.

¹⁴²PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 132.

¹⁴³PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 137.

¹⁴⁴PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 134.

¹⁴⁵PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 134.

¹⁴⁶SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.34.

Para Mendonça Lima, o processo de execução tem como característica precípua a prevalência do credor sobre o devedor. Sendo assim, para se opor à execução o devedor deve garantir o juízo, caso contrário o credor é que restaria prejudicado, outrossim, afirma não haver contraditório na execução, pois o título pressupõe que a discussão do mérito já foi esgotada nas vias ordinárias.¹⁴⁷ Assim, só caberia a ação de embargos do devedor para discutir a pretensão executória, nenhum outro meio de defesa seria permitido com esse intuito. Ademais, não haveria previsão legal expressa da exceção de pré-executividade. Para o mesmo doutrinador, a discussão que gira em torno da admissibilidade da exceção de pré-executividade tem intuito meramente acadêmico. Com suas palavras.

A “tese de que questões ou exceções pré-executividade dispensam a penhora como antecedente necessário aos embargos do devedor, tratando-se de ação executiva fundada em título extrajudicial, é meramente acadêmica, podendo servir, por sua relevância (*sic*), como valiosos subsídios, contudo, para reforma do CPC”¹⁴⁸

Acresce também que a admissibilidade da exceção de pré-executividade tornaria os embargos do devedor uma ação inócua, pois, segundo o mesmo doutrinador, o devedor sempre arrumaria um argumento ardiloso para escapar da penhora.¹⁴⁹ Vale a pena ressaltar que compartilha dessa mesma opinião Liebman, que também nega a viabilidade da exceção de pré-executividade, porquanto credor e devedor não estão em posição de igualdade e assim seria uma forma de ludibriar o próprio credor, ficando extremamente prejudicado.¹⁵⁰

Diferentemente de Alcides de Mendonça Lima, Galeno Lacerda caminha na mesma direção de Pontes de Miranda no consentâneo a admitir a exceção de pré-executividade. Porquanto entende que em determinadas situações, como no caso do exame e do controle dos pressupostos processuais, não se faz necessária a prévia garantia do juízo para impugnar a execução. Assim, os embargos não são o único meio de oposição à execução. Todavia, diverge de Pontes de Miranda no que se refere ao prazo de oposição dessa exceção. Segundo este mesmo autor, a oposição da exceção de pré-executividade é admissível a qualquer tempo enquanto o processo perdura, já que não está sujeita à preclusão. Vê-se assim que, neste aspecto, se contrapõe a Pontes de Miranda que, como visto *supra*, alega ser admissível entre a citação e a expedição de mandado de penhora, que é expedido quando o devedor não paga ou não garante a execução.

¹⁴⁷SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. Cit., p. 35.

¹⁴⁸Alcides de Mendonça Lima. Processo de conhecimento e processo de execução, p. 289 apud MOREIRA, Alberto Camiña.Op. Cit., p. 27.

¹⁴⁹MOREIRA, Alberto Camiña.Op. Cit., p. 27.

¹⁵⁰MOREIRA, Alberto Camiña.Op. Cit., p. 27.

Para Araken de Assis, a exceção de pré-executividade se configura como um meio endoprocessual de reação do executado à execução.¹⁵¹ Ademais, entende que a sua natureza jurídica não se resume a um incidente processual em que são introduzidas questões a serem decididas em um processo. Em verdade, vai muito além, reconhecendo-o como um verdadeiro meio de impugnação com o intuito de provocar a extinção da execução, renovando o próprio procedimento executório.¹⁵² Ademais, ressalta a sua admissibilidade, tendo em vista o fato de que, no projeto inicial do CPC de 1973, o único meio de impugnação admitido na execução eram os embargos o qual se restava condicionado pela penhora ou depósito, mas, ao mesmo tempo, da sua oposição, o executado obtinha efeito suspensivo automático na execução. No entanto, como preleciona o processualista gaúcho “O depósito da coisa ou a penhora expressiva no patrimônio poderiam acarretar paralisação das atividades econômicas do devedor e outras consequências imprevisíveis.”¹⁵³ Assim, tal previsão rígida no CPC poderia prejudicar sobremaneira aquele flagrantemente executado de maneira injusta. Daí revelar-se a exceção de pré-executividade como sendo um meio útil de impugnação endoprocessual.

Vê-se, assim, que o principal argumento que corroborava a admissibilidade da exceção de pré-executividade dizia respeito ao fato de que a oposição de embargos dependia necessariamente de garantia na execução, enquanto a exceção não. Todavia, nesse sentido, é preciso destacar que, com as Leis 11.232/05 e 11.382/06, que empreenderam a reforma da tutela executiva regida pelo Código de Processo Civil, tentou-se extirpar tal possibilidade de oposição da exceção de pré-executividade, já que conferiu, para a oposição de embargos, no caso da execução de título extrajudicial regido pelo CPC, a dispensa da exigibilidade de prestação de garantia (art. 736, CPC), outrossim, inseriu um novo meio de oposição do executado, no caso da execução de título judicial, a saber: a impugnação do art. 475-L do CPC, a qual tentou-se assemelhar à EPE. Neste diapasão, vale a pena trazer à baila os argumentos, expostos em um excelente artigo de Eduardo Talamini intitulado “A Objeção na Execução (Exceção de Pré-Executividade) e a Reforma do Código de Processo Civil”, que visam refutar a assertiva de que a exceção de pré-executividade tenha se extirpado de uma vez por todas com a reforma da tutela de execução no CPC. A seguir, sistematizam-se brevemente os argumentos¹⁵⁴, acrescentando-se alguns detalhes.

¹⁵¹ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1149.

¹⁵² ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1150.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ THALAMINI, Eduardo. A Objeção na Execução (Exceção de Pré-Executividade) e a Reforma do Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 153, 2007, p.24-27.

Primeiro, para a oposição de impugnação, diferentemente dos embargos do devedor, ainda faz-se imprescindível a penhora (art. 475-J, §1º, CPC). Desse modo, a EPE ainda funciona como alternativa de impugnação sem a necessidade de penhora na execução de título judicial, ou seja, na fase de cumprimento de sentença.

Segundo, a oposição de embargos ou de impugnação se sujeita a prazos, ou seja, é passível de preclusão temporal. Entretanto, como dito *supra* acerca da posição de Galeno Lacerda, que a doutrina majoritariamente acompanha, a oposição de EPE não está sujeita à preclusão temporal, assim as matérias em EPE podem ser alegadas a qualquer tempo, descartando-se obviamente aquelas que já foram objeto de embargos ou impugnação em que a demanda foi julgada improcedente por conta da formação da coisa julgada material.

Terceiro, na execução de título extrajudicial regida pelo CPC, o prazo para ajuizamento de embargos não começa mais da penhora, mas sim da juntada do mandado de citação. Assim, pode-se muito bem intentar os mesmos e serem julgados sem haver qualquer constrição, ou melhor, penhora.

Vale destacar deveras uma observação importante realizada neste mesmo artigo de Thalamini, qual seja, a de que os ditos embargos à adjudicação, alienação ou arrematação previstos no artigo 746 do CPC, que não se confundem com os embargos à execução, em uma interpretação sistemática desse mesmo artigo com o restante dos dispositivos do ordenamento jurídico processual, podem ser opostos para alegar matérias supervenientes ao momento de oposição dos embargos de primeira fase. No entanto, não se mostra de todo razoável, em alguns casos, esperar a fase de expropriação, para que só então se impugne a penhora. Como exemplo, cita-se o bem absolutamente impenhorável. Nesse caminho, a EPE pode mostrar-se como mecanismo útil para impugnar vício de penhora ou erro em avaliação quando já extinto o prazo para opor embargos à execução e não se quiser esperar pela oportunidade de oposição de embargos à adjudicação, alienação ou arrematação.

Quarto, em havendo matérias a ensejar a extinção da execução, demonstráveis de plano e que podem ser apreciadas de ofício pelo magistrado, tais como a alegação de falta das condições da ação ou de pressupostos processuais, não se mostra coerente instaurar um meio de oposição mais complexo, seja com os embargos, seja com a impugnação, para a alegação de tais matérias. Um requerimento na própria execução já basta por meio da EPE.

Ademais, convém destacar ensinamento do mesmo autor asseverando a permanência da EPE mesmo com a reforma da tutela de execução, com suas palavras:

Portanto, permanece existindo objeção na execução (“exceção de pré-executividade”). E nem poderia ser de outro modo. Não há lei que revogue a incidência na execução das garantias constitucionais do processo. Não há lei que revogue a inserção da execução na teoria geral do processo. A objeção na execução não é mais do que decorrência desses dois aspectos irrevogáveis.¹⁵⁵

No tocante à nomenclatura utilizada para denominar este meio endoprocessual de oposição do executado de “exceção de pré-executividade”, há polêmica até hoje na doutrina. Isto se deve, pois tecnicamente tal expressão não é adequada para a denominação deste meio de oposição. Nesse sentido, Barbosa Moreira em um artigo denominado “Exceção de pré-executividade: Uma denominação infeliz” faz um breve estudo panorâmico criticando veementemente tal expressão, comumente utilizada pela doutrina e jurisprudência.

Assim, para o insigne processualista, a utilização “pré-executividade” não é plausível, pois tal meio não visa impugnar qualquer aspecto que preceda à executividade, isto é, ao processo e ao título executivo que caracterizam esta executividade. Na verdade, o executado busca negar a executividade do título ou que o processo não preenche os requisitos necessários para que detenha uma feição de executividade. Já no que se refere à “exceção” entende ser palavra equivocada, sendo amplamente utilizada para denominar “defesa”. Destarte, seguindo a classificação que há entre objeção e exceção, representando aquela as matérias apreciáveis *ex officio* pelo magistrado que independem de provocação de quaisquer das partes, e a última concernindo às matérias que implicam no ônus da alegação a uma das partes, o autor chega à conclusão de que melhor seria utilizar “objeção” e não “exceção”, já que a imensa maioria das matérias é apreciável de ofício pelo magistrado. Portanto, em vez de ser denominado de “exceção de pré-executividade” mais correto seria “objeção de não executividade”. A seguir, com suas palavras.

Mirando através do inoportuno biombo verbal, percebemos o que se quer sustentar aí: é que o processo, instaurado sob vestes executivas, não preenche os requisitos indispensáveis para usar essa indumentária; ou, em outra perspectiva, que o título apresentado pelo exequente não constitui passaporte regular para o ingresso na via da execução. Em palavras diferentes: o que se pretende é negar a executividade, aí, direitos de cidadania. Não se está pensando em qualquer coisa que a preceda, que lhe seja anterior. O que se pretende dizer, em última análise, é que ela, apesar das aparências, não existe.[...].¹⁵⁶

Ora, das hipóteses que se apontam como suscetíveis de ensejar a reação do executado independentemente do oferecimento de embargos, a grande maioria consiste em defeitos que, segundo entendimento generalizado, o

¹⁵⁵ THALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 27.

¹⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de Pré-Executividade: uma denominação infeliz. Informativo Semanal ADV/COAD, Maio/2000, p. 86.

juiz, se os encontrar, deve levar em conta que são alegados. Assim, a inexigibilidade do título (por exemplo: a sentença, sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, não foi revista pelo tribunal), a ilegitimidade ativa ou passiva das partes, a cumulação indevida de execuções etc. Há quem amplie, é certo, o rol das possibilidades, para admitir que o devedor impugne a execução sem embargá-la até em casos de feição diversa; mas para fundamentar o nosso argumento, basta considerar os que mais comumente se arrojam, e são, sem sombra de dúvida, os de possível conhecimento *ex officio*. Já é razão suficiente para que não se aplique indiscriminadamente a todo o gênero o nome de exceção.¹⁵⁷

É importante destacar que Araken de Assis crítica a própria posição daqueles que se insurgem à nomenclatura cediça, como Barbosa Moreira. Para ele, tal insurgimento não se justifica por três motivos, a saber: o primeiro deles concerne ao respeito à tradição, ademais há outras expressões no direito processual que não se critica tanto o rigor e, ainda assim, são utilizadas, muitas das vezes, não no sentido mais correto, a exemplo da palavra “jurisdição”. O segundo motivo é que não haveria tantas vantagens ao trocar tal nomenclatura e o terceiro é que a utilização da “exceção de pré-executividade” não seria tão imprópria assim.¹⁵⁸

No consentâneo a este derradeiro motivo, vale a pena afirmar que ultimamente tem-se alargado as matérias passíveis de alegação em exceção de pré-executividade. Se, inicialmente, o seu intuito era alegar matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado, tais como os pressupostos processuais e as condições da ação, que indubitavelmente constituem defesas de ordem processual, tem-se agora admitido a alegação de exceções substanciais as quais são vedadas ao juiz conhecer de ofício. Nesse ponto, confira-se lição de Ovídio Baptista.

[..] Tem-se verificado, na verdade, que os limites de cognição do juiz da execução, que deveria limitar-se às defesas processuais, ou, como lhes chama o direito italiano, defesas contra os atos executivos e não defesas de mérito contra a execução, têm-se alargado para permitir que nos autos do processo executivo suscitem determinadas exceções que digam respeito ao *meritum causae*.[..]¹⁵⁹

Desse modo, admitindo-se a alegação de exceções substanciais que não conferem ao juiz a sua apreciação de ofício, cabendo à parte o ônus de sua alegação, é necessário inferir, no entanto, que, para que não haja uma deturpação no tocante a utilização da exceção de pré-executividade, deixando de ser uma via de oposição à execução excepcional para tornar-se num instrumento de uso indiscriminado, quando da alegação de tais matérias, não poderá haver dilação probatória ou, quando muito, admitir-se-á, tão somente, provas pré-constituídas, tais como provas documentais, analisáveis de plano pelo juiz. Este é inclusive o entendimento

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 85.

¹⁵⁸ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1154.

¹⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. II, p.23-24.

atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.¹⁶⁰ É por isso, que Araken de Assis afirma que a utilização do termo “exceção” em “exceção de pré-executividade” não seria de todo maléfica.

Alberto Camiña Moreira segue a mesma trilha de Araken de Assis no sentido de que não é errôneo utilizar a nomenclatura “exceção de pré-executividade”. E traz um argumento bem interessante escorado em Salvatore Pugliati, no que se refere à justificativa no uso “pré-executividade”, de modo que “pré-executividade” não quer dizer.

[...] por evidente, pré-processo de execução, o que representaria atividade extrajudicial, mas sim possibilidade de defesa antes da penhora, antes do gravame, antes da constrição, antes, enfim, dos atos marcadamente executivos. Esse o significado da expressão; mas é defesa intra-processo, evidentemente.¹⁶¹

Realmente, se pararmos para pensar nesse aspecto, a expressão “pré-executividade” se coaduna perfeitamente com o objetivo inicial de Pontes de Miranda, que em seu parecer preleciona que tal exceção deveria ser oposta no prazo que tinha o executado para pagar, que no código de 39 seria de vinte quatro horas, caso contrário estaria propenso a sofrer constrição de seus bens a partir da expedição de mandado de penhora. Entretanto, deve-se fazer a ressalva de que não foi Pontes de Miranda quem cunhou a expressão “exceção de pré-executividade”. E com relação ao vocábulo “exceção” teria um significado histórico, já que é da própria tradição designar qualquer defesa processual de exceção.

Nosso posicionamento, no consentâneo a esta tormentosa questão referente à nomenclatura, é de continuar a designar o meio de defesa, atípico, endoprocessual na execução de “exceção de pré-executividade” cuja abreviatura é EPE. Isto se deve não porque particularmente concordamos com os juristas adeptos de que tal nomenclatura, mas mais precisamente porque é a expressão correntemente utilizada nos julgados dos tribunais inferiores e superiores e na doutrina. No entanto, fazemos a ressalva de que a crítica de tal denominação é sim importante, pois a precisão terminológica é assaz relevante para a correta aplicação de um determinado instituto jurídico. Outrossim, contribuí em muito para uma melhor compreensão acerca da natureza deste meio de defesa, o que se demonstra saudável no estudo do Direito.

Em um dos parágrafos anteriores já foi dito que não há estabelecimento de prazo algum para a oposição de EPE, ademais serve comumente para a alegação de matérias apreciáveis *ex officio* pelo juiz. Assim, não há que se falar que a EPE está submetida à

¹⁶⁰ Cite-se alguns julgados: AgRg na MC 17355/PR; REsp 1078399/MA; AgRg no AREsp 268511/CE; REsp 863976/MG.

¹⁶¹ MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 39.

preclusão temporal. Esse mesmo instrumento de defesa também não é suscetível de preclusão lógica, isto é, sua oposição é cabível independentemente se o executado praticou atos em contraposição à sua própria admissibilidade no processo. No entanto, como assevera Araken de Assis, é possível cogitar que a EPE se submeta à preclusão consumativa, de modo que, caso já tivesse sido oposta a exceção, não é de todo razoável a oposição de uma nova exceção cujo objeto é o mesmo da exceção anterior já apreciada.¹⁶²

Nesse caminho, o autor possui toda razão! Se se entendesse o contrário, não se imporiam limites à própria oposição de exceções de pré-executividade em um processo, indo em contramão ao princípio da celeridade e economia processual, sobrecarregando desnecessariamente a máquina judiciária e prejudicando demasiadamente o credor, já que ensejaria o atraso na entrega da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, na própria satisfação do seu crédito que é o objetivo precípua da tutela executiva. Isto se deve, pois a oposição da EPE não gera o efeito de suspender o feito executivo, no entanto, por se configurar numa defesa endoprocessual, apreciável nos próprios autos do processo, é natural que trave a marcha normal desse mesmo processo, ainda que indiretamente. Por isso é preciso criar mecanismos para evitar sua oposição deturpada e exagerada. Desse modo, admitir a preclusão consumativa em tal meio de defesa é um mecanismo para tal.

Tendo em vista ser a exceção de pré-executividade um verdadeiro meio de oposição do executado à execução injusta, inaugurando um incidente dentro do processo, a decisão nele proferida, depois de dada a possibilidade ao exequente de contraditar o que foi alegado pelo executado, em analogia ao art. 327 do CPC¹⁶³, caso extinga o processo, consistirá em uma sentença suscetível de recurso de apelação, caso não, será uma decisão interlocutória suscetível de recurso de agravo.¹⁶⁴ A seguir, confira-se ensinamento de Humberto Theodoro Júnior.

Não provocando o surgimento de uma relação processual nova, diversamente do que se dá com os embargos do devedor, o julgamento da questão suscitada pela “exceção de pré-executividade” (*rectius*: “arguição de não-executividade”) nem sempre se dará por meio de sentença. Quando acolhida, para reconhecer o descabimento da execução forçada, a natureza do ato decisório será a de *sentença* (ato pelo qual se põe fim ao processo, julgando ou não o mérito da causa). Se, porém, a arguição for rejeitada, a hipótese será de decisão interlocutória (ato pelo qual se soluciona questão

¹⁶² ASSIS, Araken de. Op. Cit., p.1159.

¹⁶³ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p.1160.

¹⁶⁴ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p.1161; SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. Cit., p. 80-81; LOPES, Mauro Luís Rocha. Processo Judicial Tributário: execução fiscal e ações tributárias. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 125.

incidente, sem extinguir o processo). Na primeira hipótese, o recurso manejável será a apelação (art. 513), e, na última, o agravo (art. 522).¹⁶⁵

Neste diapasão, é possível inferir que, muito embora a doutrina seja unânime em conceber que a decisão em exceção de pré-executividade ao extinguir a execução é uma sentença, majoritariamente entende-se que esta sentença tem cunho meramente terminativo, de modo que é permitido ao credor reajuizar novamente a ação executiva contra o devedor. No entanto, tal posicionamento, em determinados casos, pode trazer consequências nefastas à segurança do executado e do próprio exequente. Portanto, não se pode generalizar tal entendimento, de modo a inferir que toda decisão em EPE extintiva da execução não aprecia o mérito. Nem sempre isso acontece. E isso é que constituirá o objeto de discussão na conclusão.

Por tudo o que foi exposto neste capítulo, em que, como afirmado no início, não se objetivou exaurir as discussões que giram em torno desse instrumento de defesa, mas apenas traçar um panorama geral acerca do mesmo, podemos, em suma, definir a exceção de pré-executividade, como sendo: um meio de defesa endoprocessual incidental e atípico à execução e, como tal, somente admitido em hipóteses excepcionais, a saber: para alegar matérias de ordem pública, tais como a falta de pressupostos processuais e das condições da ação, bem como matérias que não são de ordem pública, mas prejudiciais à própria pretensão executória, desde que se constituam por prova pré-constituída. Tal meio de defesa é atípico e excepcional, pois existem meios de oposição à execução expressamente previstos no ordenamento jurídico processual, a saber: a impugnação e os embargos do devedor. Assim, estes é que constituem os meios de oposição idôneos para se discutir a lide em torno da pretensão executiva via ampla dilação probatória.

¹⁶⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor Diante do Título não Executivo, Fora Dos Embargos à Execução. Ações Autônomas e Arguição de Não-Executividade. Revista Dialética de Direito Processual, nº15, p. 51-52.

CONCLUSÃO

Nesta presente conclusão, finalizar-se-á esta monografia, discutindo especificamente sobre o tema objeto deste trabalho monográfico. Nos capítulos anteriores, foram abordados conceitos e institutos fundamentais para a melhor compreensão deste tema. Sendo assim, fez-se uma breve análise do que consiste a ação rescisória, a sentença de mérito, a cognição, a coisa julgada, as condições da ação, o título executivo e os meios de defesa do executado, destinando-se um capítulo a parte para o que se denomina comumente de “exceção de pré-executividade”.

A despeito de esse tema ser pertinente à tutela de execução como um todo, abrangendo tanto a execução de títulos judiciais, que se perfaz com o cumprimento de sentença, quanto a execução de títulos extrajudiciais, que ocorre em processo autônomo de execução, os exemplos, a jurisprudência e doutrina utilizadas para a discussão, a fim facilitar a compreensão do tema, penderão mais para a última modalidade de execução. No entanto, faça-se o registro de que o objeto desta monografia vale para quaisquer formas de execução de título executivo, seja judicial, seja extrajudicial.

Pode-se notar, consoante exposição em capítulo anterior, que, por ser fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial e por não estar disciplinada em lei, a exceção de pré-executividade, até hoje, é alvo de polêmica, principalmente no tocante à sua denominação e às matérias que nela podem ser alegadas.

No entanto, embora atualmente se possa vislumbrar um número maior de doutrinadores que escrevem especificamente sobre este meio de defesa¹⁶⁶. No que se refere especialmente ao estudo da natureza da decisão, proferida em exceção de pré-executividade, que extingue de forma “anômala” a execução de título executivo extrajudicial, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos tribunais ainda são tímidas na abordagem.

Para a doutrina, majoritariamente, quase que de forma unânime, a sentença proferida em exceção de pré-executividade tem cunho terminativo, ou seja, não realiza uma apreciação de mérito no feito executivo, justamente porque o devedor, na exceção de pré-executividade, deve alegar, em sua defesa, matérias de ordem pública, apreciáveis de ofício e a qualquer tempo pelo juiz, tais como, a falta das condições da ação e a ausência de pressupostos de

¹⁶⁶Cite-se alguns, tais como: SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; BATISTA JR, Geraldo da Silva. Exceção de Pré-Executividade: Alcance e Limites. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004; MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do Executado: Exceção de Pré-executividade.2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000; ROSA, Marcos Valls Feu. Exceção de Pré-Executividade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, encaixando-se perfeitamente nas hipóteses previstas nos incisos IV e VI do artigo 267 do CPC. Ademais, a doutrina alega que por constituir a exceção de pré-executividade em um meio de defesa atípico do executado, já que é apresentada por meio de um mero requerimento em um processo de execução, que por sua natureza não tem cunho cognitivo, a mesma não comporta a alegação de matérias que demandem dilação probatória, até porque existe um meio de defesa próprio destinado à discussão do mérito em torno de uma lide prejudicial à pretensão do credor na execução de título extrajudicial, a saber: os embargos à execução.

Nesta ação, por ser uma verdadeira ação de conhecimento, é esperado que se realize uma apreciação de mérito. Assim, como a sentença nos embargos busca exaurir a discussão em torno da lide, permitindo-se a produção de quaisquer meios de prova admissíveis no processo civil, a mesma é atingida pela autoridade da coisa julgada material, diferentemente da sentença em exceção de pré-executividade que, conforme este raciocínio, seria atingida apenas pela coisa julgada formal, nada impedindo que o credor, ora exequente, possa tornar a ajuizar a ação de execução novamente contra o devedor. Nesse caminho, destacam-se algumas passagens de autores que assim entendem:

[...] Como já foi visto, ante a arguição de nulidade, necessariamente, o juiz deverá verificar se a execução proposta preenche ou não os requisitos (item 3.1.3, *supra*). Estando todos estes requisitos presentes, a arguição será rejeitada, dando-se seguimento à execução. Por outro lado, caso seja detectado o não preenchimento dos requisitos, será proferida sentença terminativa (art. 267, VI, do CPC) [...]

[...] O efeito gerado pela sentença é, só, o de terminar o processo, não há nela julgamento de mérito, e, em consequência disto, não existe qualquer impedimento ao ajuizamento de nova ação visando execução baseada no mesmo título executivo.

Com efeito, nova execução baseada no mesmo título executivo poderá ser proposta desde que seja observado o disposto no art. 268 do CPC [...].¹⁶⁷

[...]A grande dificuldade do tema em questão é separar as matérias que podem ser alegadas por simples petição e as que devem ser alegadas em embargos. O que a doutrina tem admitido é a alegação, por simples petição, de matéria de ordem pública, basicamente os pressupostos processuais e as condições da ação, que, nos termos do art. 267, §3º, do Código de Processo Civil, podem ser levantadas em qualquer tempo e grau de jurisdição.[...] ¹⁶⁸

[...] A exceção de pré-executividade leva o juiz da execução ao mundo da cognição. Por ser limitada a certas matérias, não há, quanto à extensão, cognição total; as possibilidades de defesa no processo de execução são exemplificadas adiante. Sem dúvida, o cabimento de defesas, aqui, é bem

¹⁶⁷SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 81.

¹⁶⁸MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.29.

menor que na ação de embargos à execução de título extrajudicial. Quanto à profundidade da cognição, pode ser exauriente, pois, por ser apenas documental, isto é, *secundum eventum probationis*, o juiz não encontra limites na apreciação. Além disso, é obrigatória, para o juiz, a cognição sobre pressupostos processuais e condições da ação. A cognição exauriente sobre esses temas, entretanto, não forma sentença com a qualidade de coisa julgada.[...] ¹⁶⁹

O segundo ponto se refere ao tipo de questão que pode ser ventilada nesta petição. Como visto, a mesma é utilizada apenas para que sejam veiculadas matérias de ordem pública como aquelas indicadas no art. 267, §3º, art. 301, §4º e art. 219, §5º. No entanto, o STJ vem alargando esta visão ao possibilitar que nesta peça também sejam ventiladas defesas de mérito indiretas extintivas, como o pagamento, desde que não haja necessidade de dilação probatória.[...] ¹⁷⁰

Fora do prazo dos embargos, não se pode excluir a hipótese de o vício da sentença ser arguido através de exceção de pré-executividade, para impedir a continuidade da execução, mas com a impossibilidade de formação da coisa julgada, em face da cognição sumária que caracteriza esse incidente. ¹⁷¹

O que está sujeito a restrições na execução é a cognição no seu plano vertical. Sob este aspecto, parece correto, pois, o critério que não permite uma dilação probatória – que por vezes se apresenta trabalhosa e demorada – no bojo da execução. Havendo discussão que necessite instrução para o convencimento do juiz – exija, portanto, cognição exauriente – esta deverá ser remetida a outro momento – via de regra os embargos à execução – sob pena de desnaturar a própria execução. ¹⁷²

Há doutrina que, contrariamente ao entendimento dos autores supramencionados, afirma que a sentença extintiva do processo executivo, por meio de exceção de pré-executividade, é capaz de revestir-se da autoridade da coisa julgada. A seguir, confira-se lição de Humberto Theodoro Júnior.

[...] Por último, resta examinar o problema da coisa julgada. Se a defesa do devedor se faz por meio de embargos, na há dúvida que a solução da controvérsia fará coisa julgada, porque é ela o desfecho natural do processo de conhecimento. Quando se trata de “exceção de pré-executividade”, o questionamento sobre a formação da *res iudicata* decorre do fato de ocorrer o provimento no bojo do processo de execução, que, por natureza, não se destina a acerto de direitos subjetivos.

Acontece, porém, que verificado o acerto, por meio de sentença, não importa a natureza do processo, para averiguar se se deu, ou não, a formação da coisa julgada. O que é relevante é saber se houve, ou não, o *iudicium*, isto é, se o juiz declarou, ou não, de forma definitiva, a vontade concreta da lei. [...]

¹⁶⁹MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 50.

¹⁷⁰HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. A Execução Civil. 2. Ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 75.

¹⁷¹GRECO, Leonardo. Os Juizados Especiais como Tutela Diferenciada. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito processual da UERJ. Volume IV. Ano 3. Julho a Dezembro de 2009. Rio de Janeiro, p.23.

¹⁷²MARTINS, Sandro Gilbert. A Defesa do Executado por meio de ações autônomas: Defesa Heterotópica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

[...] O mesmo deverá acontecer no julgamento da “exceção de pré-executividade”. Versando sobre questão que irá afetar o direito material cuja realização se pretendeu no processo, não há razão para se lhe negar a força da res iudicata.[...] ¹⁷³

[...] Na verdade, quando se fala que não é de mérito a sentença proferida no processo de execução, o que se afirma não é a inexistência de mérito em tal processo, mas apenas que não é apreciável o seu mérito (crédito exequendo) no bojo da execução, porque o local apropriado para o respectivo enfrentamento são os embargos. Ali é que, ordinariamente, portanto, se produz o julgamento de mérito em torno do objeto da execução. Mas, se, por qualquer razão de direito, a extinção do crédito ou sua inexistência vem a ser apreciada dentro do próprio procedimento executivo, a natureza do julgamento será idêntica à da sentença dos embargos [...] ¹⁷⁴

No que se refere ao entendimento da jurisprudência, foi realizada uma pesquisa de julgados referentes ao tema, no tocante à jurisprudência federal ¹⁷⁵, e somente foram constatados dois acórdãos que enfrentaram veementemente a questão de a sentença, em exceção de pré-executividade, ser capaz ou não de fazer uma apreciação de mérito e, conseqüentemente, haver a possibilidade de se ajuizar ação rescisória contra este julgado.

Com isso, busca-se mostrar que, ainda no âmbito dos Tribunais, a discussão sobre esse tema é bastante rarefeita, principalmente se levarmos em consideração o fato de como os julgados dos Tribunais de todo o país, atualmente, têm influenciado, sobremaneira, na consolidação do entendimento de determinadas matérias alvos de polêmica na doutrina, demarcando a atual tendência da utilização dos precedentes judiciais como diretrizes de interpretação e uniformização de entendimento, aproximando-se cada vez mais o Sistema Brasileiro baseado no Sistema Romano-Germânico do Sistema da *Common Law*.

O primeiro acórdão é o do Superior Tribunal Justiça ¹⁷⁶ que expõe de maneira bem clara a possibilidade de haver ação rescisória em decisão que extinguir a execução por meio da exceção de pré-executividade, justamente porque é possível que, em determinados casos, haja uma apreciação de mérito, ainda que dentro de um processo de execução.

Este acórdão diz respeito a recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S.A, visando à anulação de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que

¹⁷³THEODORO JÚNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor Diante do Título não Executivo, Fora Dos Embargos à Execução. Ações Autônomas e Arguição de Não-Executividade. Revista Dialética de Direito Processual, nº15.

¹⁷⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 51 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, p.483.

¹⁷⁵Portal da Justiça Federal administrado pelo Conselho da Justiça Federal. Link: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>

¹⁷⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 666637/RN, 4ª Turma. Relator Min. Jorge Scartezini. Brasília-DF. Publicado em: DJe 26.06.2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 fev. 2014.

julgou pela inadmissibilidade da ação rescisória, por entender que a decisão rescindenda não apreciou o mérito da demanda, portanto, inapta a produzir coisa julgada material.

Inicialmente, a exceção de pré-executividade foi apresentada, objetivando o reconhecimento de nulidade da execução de título executivo extrajudicial promovida pelo Banco do Brasil S.A em face da Companhia Açucareira Vale do Ceará Mirim e outros, alegando os Executados que o título o qual lastreia a execução, qual seja, escritura pública de confissão de dívidas, estaria incompleto.

O juízo de primeiro grau rejeitou a exceção com o argumento de que na mesma não seria cabível uma discussão acerca do negócio jurídico constitutivo da confissão. Tal questão haveria de ser debatida em sede de embargos à execução. Sendo assim, os Executados interpuseram recurso de agravo de instrumento no tribunal contra esta decisão o qual restou provido. Esta decisão extinguiu o processo executivo sem julgamento de mérito. Nesse caminho, o Banco do Brasil S.A ajuizou ação rescisória contra este julgado, que, como explicitado acima, foi inadmitido.

O segundo acórdão que também enfrenta expressamente o tema é o do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (que abrange os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo)¹⁷⁷. Neste acórdão, aquele julgado do STJ supramencionado é utilizado no voto da relatora como fundamento bastante para o entendimento no sentido da possibilidade de haver ação rescisória em decisão extintiva da execução em exceção de pré-executividade.

Este acórdão trata de ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Nacional – INSS, buscando rescindir acórdão do próprio tribunal. Inicialmente, o INSS ajuizou ação de execução fiscal em face da CET RIO e outros, visando à cobrança de débito previdenciário inscrito em dívida ativa. Feita a citação, os Executados apresentaram exceção de pré-executividade, alegando nulidade do título, por inexistir relação de emprego entre guardadores do sistema “vaga certa” e a CET RIO. Nesse caminho, a exceção de pré-executividade foi acolhida e a execução fiscal extinta. Com isso, o INSS interpôs recurso de apelação, e os réus interpuseram recurso adesivo. A primeira turma do TRF desproveu a apelação e deu provimento ao recurso adesivo dos Executados, majorando a verba

¹⁷⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AR. 2006.02.01.001357-8. 2ª Seção Especializada. Relatora Des. Fed. Tania Heine. Relatora para o acórdão Juíza Fed. Convocada Sandra Chalu Barbosa Publicado em: E-DJF2R 03.05.2010. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br>. Acesso em: 04 fev. 2014. Vale a pena conferir também os Embargos Infringentes interpostos contra este acórdão, que, por maioria, julgou procedente a ação rescisória, visto que nos mesmos novamente é trazida à lume a questão da possibilidade de haver ação rescisória contra decisão proferida em exceção de pré-executividade, muito embora no primeiro acórdão tal questão tenha se restado pacificada, vide em BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. EIAR. 2006.02.01.001357-8. Plenário. Relator Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Publicado em: E-DJF2R 18.01.2013. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br>. Acesso em: 04 fev. 2014.

sucumbencial imposta ao Exequente. Desse modo, o TRF confirmou a decisão do juízo de primeiro grau que extinguiu a execução fiscal com fundamento no acolhimento da exceção de pré-executividade apresentada pelos ora executados.

Pelo já exposto, aqui tentar-se-á abordar e jungir os principais argumentos que conferem à decisão extintiva da execução proferida em exceção de pré-executividade um mérito, ainda que dentro de um processo de execução, de forma a demonstrar a possibilidade do ajuizamento de ação rescisória contra esta mesma decisão. Para isso, serão utilizados, como subsídios, alguns pontos que foram discutidos em capítulo anteriores, bem como, paralelamente, se fará um breve análise crítica dos argumentos mais relevantes trazidos nos dois acórdãos mencionados acima, buscando, sempre que possível, o auxílio da doutrina e da própria legislação ora existente.

A seguir, sistematizemos os argumentos utilizados para fundamentar o escólio de que a sentença ou acórdão acolhendo a exceção de pré-executividade é capaz, sim, de realizar coisa julgada material.

O STJ, em seu julgado utilizado como parâmetro deste tema, entende que a decisão terminativa pode ser de mérito e, conseqüentemente, fazer coisa julgada material. Desse modo, é necessário perquirir o real conteúdo do ato decisório e não somente se ater à linguagem utilizada pelo julgador. Para tanto, o Ministro Relator Jorge Scartezini cita outros acórdãos do mesmo tribunal que corroboram tal afirmação, a saber: os Resp. 21544/MG, 127.956/RS, 216.478/SP. Esse também é o entendimento consignado no acórdão do TRF da 2ª Região, nos embargos infringentes, em que o Desembargador Relator Guilherme Calmon explicita que é cediço, no âmbito do próprio STJ, que para aferir o mérito em um determinado julgamento, sendo apto, após o trânsito em julgado, à rescisão, faz-se necessário verificar o seu conteúdo. Neste caminho, menciona outros julgados também daquele Superior Tribunal: AR 336 RS, Resp. 711794/SP, AR 2099 SE.

Perfilha esta mesma opinião o ilustre jurista Barbosa Moreira, como exposto no capítulo 1. Ademais, o Ministro Relator do STJ citado *supra* infere que, muito embora seja dita como terminativa, poderá muito bem a decisão ter incursionado no direito material. Tal problema é marcante principalmente no consentâneo às condições da ação. De fato, de acordo com o que discutimos no capítulo 2 referente às condições da ação, a teoria da asserção tentar resolver um grande problema no que diz respeito à teoria eclética, isto é, tenta explicar até onde se pode inferir o que é condição da ação e o que é mérito da demanda, a partir do nível de cognição realizado pelo juiz. A linha entre eles é tênue. É por isso que não se pode tratar com tanta rigorosidade tais condições da ação. A teoria da asserção vem sendo amplamente

aceita em doutrina e como se vê se adéqua perfeitamente ao disposto nos julgados do STJ e do TRF, pois a partir do momento em que o juiz adentra no direito material, apreciando o seu mérito, não importa que o julgador utilize a linguagem de que extingue o processo sem resolução do mérito por falta das condições da ação, basta aferir a natureza da decisão e o seu grau de cognição. A rigor, tal argumento prestigia a tese mais abstratista da ação.

Há de se apurar não só a natureza do julgado, mas também, para fins de admissibilidade da ação rescisória, se é possível reabrir a questão resolvida pelo acórdão a ser rescindido. Assim, trazendo o caso julgado do TRF, com a acolhida da exceção de pré-executividade, diante do reconhecimento da ilegitimidade passiva da CET-RIO no primeiro grau, depois confirmada pelo Tribunal, desconstituindo o título executivo extrajudicial embasador da execução fiscal, não se permite, por óbvio, o reajuzamento da ação de execução por parte do INSS em face da CET-RIO.

Assim, é importante destacar que a desconstituição do título executivo realizada em sentença extintiva de execução, acolhendo exceção de pré-executividade, não deixa de ser uma apreciação de mérito ainda que no processo executivo. Visto que, em determinadas situações, a EPE é capaz de provocar uma lide no próprio processo executivo. Outrossim, embora, na maior das vezes, nela só caiba alegar matérias de ordem pública, capazes de serem apreciadas de ofício pelo juiz, se se adentrar no direito material e realizar cognição exauriente não é possível afirmar que tal decisão extintiva da execução não realiza coisa julgada material. Neste caso, haveria de se indagar então: como uma decisão em EPE pode ser proferida em cognição exauriente? Isto é, em cognição em que o grau de profundidade (plano vertical) das questões ora apreciadas é completo, se neste mesmo instrumento de defesa não é permitida uma ampla produção probatória?

Pois bem, tal resposta fundamenta-se no fato de que a própria doutrina, como Araken de Assis e Ovídio Batista, como já exposto neste trabalho, no capítulo anterior, bem como a jurisprudência têm admitido um alargamento das matérias a serem alegadas em sede de EPE. Querendo dizer, pois, que se outrora esse meio de defesa atípico era destinado tão somente a alegar matérias de ordem pública, apreciáveis de ofício pelo juiz, tais como a falta de pressupostos processuais e de condições da ação, hodiernamente se admite trazer à baila “exceções indiretas”. Ou seja, matérias não apreciáveis de ofício pelo juiz, desde que sejam alegadas por meio de prova pré-constituída, ou seja, prova documental, que não demande uma maior dilação probatória, como a produção, por exemplo, de prova pericial. Do contrário, se estaria deturpando o escopo da tutela de execução que não se confunde com a tutela de conhecimento, ademais há meios de defesa próprios para tanto, tais como os embargos à

execução e a impugnação. Assim sendo, é possível inferir que prova documental é tanto um meio de prova quanto o é a prova pericial, a prova testemunhal etc. Desse modo, o juízo que se faz baseando-se em provas documentais, se for suficiente para esclarecer o fato alegado, poderá muito bem por fim de uma vez por todas à controvérsia existente em torno da lide. É por isso que, em determinadas situações, poderá haver sim cognição exauriente, ainda que no próprio processo de execução. A seguir, confira-se lição de doutrinadores que assim também entendem, mencionados no julgado do STJ, objeto desse estudo.

[...] parece inegável que, em muitas circunstâncias, o juiz é chamado, no processo de execução, a investigar a própria relação material ainda no bojo do processo de execução, sem necessidade de embargos do devedor.[...]

Nesses casos, existe cognição cujo objeto é também a relação substancial. E se essa cognição é adequada e suficiente para exaurir a controvérsia levando inclusive à extinção do processo, nada parece justificar que o ato daí resultante tenha eficácia meramente processual.

Se o órgão judicial exerce, no caso concreto, cognição que exaure a controvérsia (inclusive, repita-se, considerando seus próprios termos), não há porque recusar ter havido apreciação do mérito e que, portanto, houve ‘declaração’, apta a projetar efeitos para fora do processo e a se revestir da autoridade da coisa julgada material.

Daí, portanto, ser possível afirmar que, também no processo de execução, é possível declaração apta à formação da coisa julgada material e, portanto, apta à desconstituição por meio de ação rescisória.[...]

[...] O que justifica a estabilidade da declaração expressa no processo de execução não é simplesmente a afirmação formal de que o devedor satisfaz a obrigação (art. 794, I), mas sim o objeto e o grau de cognição empreendida para que se chegasse a essa declaração. [...]¹⁷⁸

A decisão que acolhe a exceção de pré-executividade não oferece maiores dificuldades. Se houve acolhimento é porque o juiz reconheceu a presença nos autos de elementos probatórios suficientes para sentenciar e entendeu que o excipiente tinha o direito que postulava. Assim, a decisão há de ser reconhecida como apta a formar coisa julgada material, porque a cognição foi exauriente.

[...] Na verdade, a cognição exauriente permite a prolação capaz de formar a coisa julgada, mas esta formar-se-á apenas nas hipóteses em que houver manifestação judicial sobre questões de direito substancial. Esta regra geral tem também pertinência com o que estamos propondo para a exceção de pré-executividade, de modo que as decisões referentes à exceção, baseadas em cognição exauriente, formam ou não a coisa julgada material conforme se refiram ou não a questões de mérito.[...].¹⁷⁹

Neste caminho, citando os dois casos concretos, presentes nos acórdãos paradigmas desta monografia, primeiramente o do TRF, o mérito apreciado em seu acórdão está relacionado ao fato de que a dívida não poderia ser cobrada, configurando-se em uma

¹⁷⁸Flávio Luiz Yarshell. Ação Rescisória e Decisão Proferidas no Processo de Execução. In: LOPES, João Batista, et. al. Execução Civil (Aspectos Polêmicos). São Paulo: Dialética, 2005, p.149-152.

¹⁷⁹BATISTA JR, Geraldo da Silva. Exceção de Pré-Executividade: Alcance e Limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 79-80.

execução injusta, pois a alegação de ilegitimidade passiva, neste caso, inseriu elemento até então não possível de se aferir apenas com o mero exame do título executivo, isto é, da certidão de dívida ativa, adentrando, portanto, no exame do direito material consubstanciado no mesmo título. É por isso que aqui é importante dar relevo à teoria da asserção, pois não caberia dizer que houve apenas falta de uma condição da ação executiva, por defeito no título executivo extrajudicial, até mesmo porque ele carrega uma presunção de existência da dívida, normalmente elidida em ação de embargos. Neste momento, cumpre afirmar que a decisão em exceção de pré-executividade, ao extinguir o processo executivo pelo motivo exposto, acabou por apreciar o mérito como o faria a sentença na ação de embargos.

Desse modo, seria inconcebível diferenciar uma sentença proferida em EPE de uma sentença que julga procedente o pedido autoral em embargos à execução, se as duas forem capazes de realizar o mesmo exame de mérito, como ocorreu no acórdão do TRF, com o argumento de que a discussão da dívida presente no título deveria ser levantada via embargos. Até mesmo porque a finalidade, neste caso, alcançada pela sentença em EPE, posteriormente confirmada em acórdão, foi a mesma caso fosse alcançada em decisão de embargos, a saber: a desconstituição do título executivo.

No tocante ao acórdão do STJ, a alegação, em EPE, da falta de exequoriedade do título, por sua incompletude, transbordou a abstratividade que lhe é característica, acabando por incursionar no próprio direito material, ou seja, no negócio jurídico que constituiu a confissão de dívida. Assim sendo, vê-se que, tanto no julgado do STJ quanto no julgado do TRF, as partes executadas inseriram uma discussão meritória antes inexistente em ambos os processos. Assim, como visto neste trabalho, a cognição no processo de execução é rarefeita, no entanto, mesmo rarefeita, ela poderá efetivamente existir se houver uma discussão que gravita em torno da pretensão executória capaz de elidir a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do título, por meio da oposição da exceção de pré-executividade, não aferível de plano pelo juiz e desde que seja objeto de cognição exauriente.

Vê-se, então, que, dentro dessas condições, uma decisão extintiva da execução proferida em exceção de pré-executividade poderá muito bem se revestir da autoridade da coisa julgada material, já que haverá um julgamento de mérito e o mesmo será realizado em cognição exauriente, requisitos esses necessários para a formação da *res judicata*. Assim, podemos concluir que a decisão em exceção de pré-executividade formará coisa julgada material e, conseqüentemente, será passível de ação rescisória, se, na mesma, for apreciável matéria de mérito e houver, quanto à profundidade, cognição exauriente *secundum eventum probationis*, isto é, se a prova pré-constituída, a única admissível neste meio de defesa, for

suficiente para encerrar a lide ora deflagrada por este meio de defesa na própria execução, prejudicial à pretensão executória.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Theresa. **Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1985, n.39.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Sentença e Coisa Julgada: Exegese do Código de Processo Civil: arts. 444 a 475**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. V.1.
- _____. **O art. 268 do CPC, a Legitimidade e a Ocorrência de Coisa Julgada: Critérios de Interpretação**. Revista Forense, n. 401, janeiro/fevereiro de 2009.
- ASSIS, Araken de. **Manual de Processo de Execução**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Manual de Processo de Execução**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol V. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. **Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, ob. Cit., Temas de Direito Processual**, 3a Série.
- _____. **Exceção de Pré-Executividade: uma denominação infeliz**. Informativo Semanal ADV/COAD, Maio/2000.
- _____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BATISTA JR, Geraldo da Silva. **Exceção de Pré-Executividade: Alcance e Limites**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1163267/RS, 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília-DF. Publicado em: DJe 10.12.2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 dez. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 4112/SC, Terceira Seção. Relator Min. Marco Aurélio Bellize. Brasília-DF. Publicado em: DJe 26.04.2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 dez. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 666637/RN, 4ª Turma. Relator Min. Jorge Scartezzini. Brasília-DF. Publicado em: DJe 26.06.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 04 fev. 2014.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AR. 2006.02.01.001357-8. 2ª Seção Especializada. Relatora Des. Fed. Tania Heine. Relatora para o acórdão Juíza Fed. Convocada Sandra Chalu Barbosa Publicado em: E-DJF2R 03.05.2010. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. EIAR. 2006.02.01.001357-8. Plenário. Relator Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Publicado em: E-DJF2R 18.01.2013. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Lições de Direito Processual civil**. Vol. II. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil (Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento)**. 13 ed. Salvador: JusPodivim, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. IV. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FREDERICO MARQUES, José. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

FREDERICO MARQUES, José. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. Ed. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1987.

GRECO, Leonardo. **A Teoria da Ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Os Juizados Especiais como Tutela Diferenciada**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito processual da UERJ. Volume IV. Ano 3. Julho/ Dezembro de 2009. Rio de Janeiro.

_____. **O processo de execução**. Vol. II. Renovar, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. II. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Declaratória Incidental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **A Execução civil**. 2 ed. Niterói: Impetus, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. V.1.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 3 ed. Tradução e Notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, João Batista et. al. **Execução Civil (Aspectos Polêmicos)**. São Paulo: Dialética, 2005.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário: Execução Fiscal e Ações Tributárias**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MALACHINI, Edson Ribas. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Sandro Gilbert. **A Defesa do Executado por meio de ações autônomas: Defesa Heterotópica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado: Exceção de Pré-executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PABST, Haroldo. **Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor**. São Paulo: RT, 1986.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V.III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **Dez Anos de Pareceres**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A, 1975.

_____. **Tratado da Ação Rescisória**. 5. ed. Forense, 1976.

ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de Pré-Executividade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. III. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. V. II.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de Pré-Executividade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

THALAMINI, Eduardo. **A Objeção na Execução (Exceção de Pré-Executividade) e a Reforma do Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v. 153, p. 11-32, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 51 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Meios de Defesa do Devedor Diante do Título não Executivo, Fora Dos Embargos à Execução. Ações Autônomas e Arguição de Não-Executividade.** Revista Dialética de Direito Processual, nº15.

_____. **Processo de Execução.** Livraria e Editora Universitária de Direito. 19 ed. São Paulo, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.